Die Handlung des Betrügers.

Eine Abhandlung aus dem Strafrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. B.

vorgelegt von

Hans Reymann,
Referendar.

Referent: Geh. Hofrat Prof. Dr. Richard Schmidt.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Abkürzungen.

Binding = Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 2. Aufl. Bd. 1. 1902.
Frank = Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. u. 4. Aufl. 1903.
G. A. = (Goltdammer) Archiv für Strafrecht.
Groß = Groß, Der Raritätenbetrug. 1901.
GS. = Gerichtssaal.
Hälschner = Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. Abt. 1. 1884.
H. H. = v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts.
Kohler = Kohler, Treu und Glauben im Verkehr. 1893.
v. Liszt = v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14./15. Aufl. 1905.
Merkel, Abh. = Merkel, Kriminalistische Abhandlungen. 1867.
Meyer = Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1907. Neu bearbeitet von Allfeld.
Olshausen = Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1906.
Oppenhoff = Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 13. Aufl. 18 6
Rommel = Rommel, Der Betrug. 1894.
v. Schwarze = v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Aufl. 1884.
v. Wächter = v. Wächter, Deutsches Strafrecht. Vorlesungen, herausgegeben von O. v. Wächter. 1881.
E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
R. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

Einleitung.

Mit der zunehmenden Sicherheit des Verkehrslebens, mit dem wachsenden Einfluß der Aufsichtsbehörden und dem allgemeinen Rückgang der Kriminalität müssen auch Verschiebungen unter den Begehungsformen der Verbrechen hinsichtlich der Häufigkeit ihres Vorkommens stattfinden. Insbesondere bei den gegen das Vermögen gerichteten Delikten tritt vielfach an Stelle der offenen Gewalt und Drohung Heimlichkeit und Täuschung, wobei sich der Delinquent häufig auch des Willens und der Mitwirkung seines Opfers bedient. Die Gefahr der Entdeckung ist hier zumeist geringer, die Aussicht auf Erfolg oft größer als bei jenen Begehungsarten. So kommt es, daß gerade der Betrug in unserer Zeit unter den gegen das Vermögen gerichteten Delikten besondere Bedeutung gewonnen hat. Nichtsdestoweniger ist aber dieses Vergehen, das § 263 RStGB. unter Strafe stellt, Gegenstand noch ungelöster Streitfragen.

Der Grund dafür ist wohl einmal darin zu suchen, daß hier der verbrecherische Erfolg, die Beschädigung des fremden Vermögens, ein ganz allgemeiner, nicht gerade eng begrenzter ist, andererseits auch darin, daß die Handlung des Betrügers, die eigentümlich geartete Täuschung, im Gesetz durch mehrere zu Zweifeln Anlaß gebende, in Theorie und Praxis verschieden gedeutete, zum Teil auch in übertragenem Sinne gebrauchte Ausdrücke begrifflich bestimmt wird. Schließlich bieten auch die Geschichte des Betrugsbegriffes sowie die vergleichende Betrachtung ausländischen Rechtes bei der Verschiedenheit der Ausgangspunkte nur wenig Anhalt, während die reiche Zahl der die Tatbestandsmerkmale des Betruges enthaltenden Fälle nur zur Vermehrung der Streitfragen beiträgt. Hat man doch auch schon früher die Lehre vom Betrug als „die Qual und Klippe aller Strafgesetzgebungen“ bezeichnet.[1])

---

[1]) Gönner im Neuen Archiv des Kriminalrechts Bd. 7 S. 486, zit. bei Haager, GS. 27 S. 561.

Im nachstehenden soll jedoch nur die Handlung des Betrügers, und zwar nur hinsichtlich ihrer objektiven Merkmale, näher betrachtet werden, nicht die subjektive Seite des Tatbestandes, nicht der Erfolg der Handlung.

Ausgehend davon, daß als Erfolg die Beschädigung fremden Vermögens anzusehen ist, gilt uns als Verursachung dieses Erfolgs, als Handlung des Betrügers, daß der Täter eine falsche Tatsache vorspiegelt oder eine wahre Tatsache entstellt oder unterdrückt und dadurch einen Irrtum erregt oder unterhält. Mit der Erregung oder Unterhaltung des fremden Irrtums hat der Betrüger das zur Erfüllung des Tatbestandes Wesentliche getan, seine Tätigkeit ist regelmäßig hiermit beendet und sein weiteres Verhalten kommt rechtlich nicht mehr in Betracht, da nunmehr die auf Irrtum beruhende Handlung des Getäuschten den Enderfolg herbeiführt. Die Irrtumserregung oder- unterhaltung selbst qualifiziert aber noch die Handlung des Täters, nicht den Enderfolg. Nur in solchem Sinne kann man sagen: „Die Betrugshandlung ist als Mittel Täuschung, als Ursache der ersten Wirkung Schädigung, als Ursache der zweiten Wirkung Bereicherung" (Binding).[1]) Nur die Betrugshandlung als Mittel, die Tätigkeit des Täters, soll Gegenstand dieser Abhandlung sein.

---

[1]) Binding S. 331.

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Tatsache.

§ 1.

Vergangene, gegenwärtige und zukünftige Tatsachen.

Die Handlung des Betrügers besteht nun zunächst darin, daß der Täter eine falsche Tatsache vorspiegelt oder eine wahre Tatsache entstellt oder unterdrückt. Das gemeinsame Objekt der mehreren Arten der Täuschungshandlung ist hier die „Tatsache".

Was ist eine Tatsache? Die Ansichten sind hierüber sehr verschieden.

Naheliegend ist es, bei der Begriffsbestimmung von der Etymologie des Wortes auszugehen. Das Wort „Tatsache" setzt sich demnach zusammen aus dem substantivierten Zeitwort „tun" und dem Hauptwort „Sache". Man hat daraus gefolgert, daß als Tatsache „eine Sache der Tat, eine res facti" angesehen werden müsse, oder man hat unter Tatsache verstanden eine „getane Sache", eine „geschehene Sache", „eine Sache, welche der Vergangenheit oder Gegenwart angehöre". Da diese Definition aber nicht dem Bedürfnis genügt, so hat man den Begriff der Sache dahin verallgemeinert, daß Tatsache alles das bedeute, wofür man keinen spezielleren Ausdruck habe. Daraus folge, daß Tatsache alles sei, was überhaupt geschehen oder vorhanden ist.[1]) Eine solche Begriffsbestimmung ist aber nicht nur zu weit, sie läßt sich auch aus der Etymologie des Wortes nicht genügend rechtfertigen, insbesondere nicht betreffs des Begriffsmerkmals des Vergangenen oder Gegenwärtigen.

---

[1]) Friedsam, Der Begriff der Tatsache im § 263 des RStGB., Erlanger Dissert. 1893, S. 23.

Richtiger erscheint es, auf induktivem Wege den Begriff dadurch zu bestimmen zu versuchen, daß man feststellt, was alles als Tatsache bezeichnet wird, und welche gemeinsamen Merkmale diese Dinge haben. Dadurch wird der Umfang wie der Inhalt des Begriffes gefunden.

Als Tatsache bezeichnet werden aber nicht konkrete Dinge, sondern stets abstrakt Vorgänge, Verhältnisse, Ereignisse, Zustände. Die Tatsache ist nicht Gegenstand unserer Empfindung, nicht unmittelbar Gegenstand unserer Wahrnehmung. So ist der Schall, der Geruch nicht Tatsache, ebenso nicht ein Gegenstand, ein Stein, ein Buch, denn wir können uns eine Tatsache als solche nicht vorstellen, wir gelangen zu dem Tatsachenbegriff nur vermittels eines Urteils, in dem wir verschiedene Begriffe verknüpfen.

Aber Tatsache nennen wir ferner nur etwas, was feststeht, etwas, von dessen Wirklichkeit wir auf Grund eigener Erfahrung oder unbezweifelter Wissenschaft anderer überzeugt sind. Diese Überzeugung können wir jedoch grundsätzlich nur von solchen Umständen haben, die in der Gegenwart vorliegen oder aus der Vergangenheit bekannt sind. Etwas Zukünftiges ist also nicht Tatsache, da es noch nicht wirklich ist, wenn auch auf Grund der Erfahrung aus vorhandenen Umständen sich mit aller Wahrscheinlichkeit folgern läßt, daß das fragliche Ereignis, der Umstand demnächst eintreten werde. Ein Urteil, das den Eintritt eines zukünftigen Ereignisses kategorisch voraussagt, bezeichnet dieses nicht als Tatsache, sondern stellt als tatsächlich hin nur die gegenwärtigen Bedingungen und deren erfahrungsgemäße Eigenschaft, die betreffende Folge zu haben.

Diese Ansicht, daß als Tatsache nur etwas Vergangenes oder Gegenwärtiges anzusehen sei, ist auch die fast allgemein vertretene, sowohl in der allgemeinen wie speziell in der strafrechtlichen Literatur.[1])

---

[1]) Wie J. u. W. Grimms Deutsches Wörterb. angibt, findet sich das Wort „Tatsache" in der deutschen Literatur nicht früher als im 18. Jahrhundert. Lessing (11, 645) sagt davon: „Ich weiß mich der Zeit ganz gut zu erinnern, da es noch in niemandes Munde war". In den ferner dort angeführten Stellen bedeutet Tatsache stets etwas der Vergangenheit oder der Gegenwart Angehöriges, u. a. bei Immermann (Schriften 2, 307): „Gegenstände für Begriffe, deren objektive Realität es sei durch reine Vernunft oder durch Erfahrung bewiesen werden kann, sind Tatsachen". Kant 7, 356 spricht von „Tatsache des Bewußtseins". Pestalozzi 4, 256 bezeichnet die Tatsache als „eine Sache der Tat", das Wörterbuch selbst bezeichnet als Tatsache „eine vorgefallene wirklich geschehene Sache, etwas Feststehendes, das nicht bezweifelt werden kann"; vgl. Grimms Wörterbuch Bd. 11 S. 322. Aus der strafrechtlichen Literatur sei beispielsweise er-

Auch das Reichsgericht bezeichnet als Tatsache „ein konkretes in Gegenwart oder Vergangenheit in die Erscheinung getretenes Geschehnis“.[1])

Nur gegenwärtige Verhältnisse wollen allerdings als Tatsache betrachtet sehen Merkel und v. Schwarze.[2]) Es fragt sich aber, ob sie die Kenntnis von vergangenen Ereignissen nicht als etwas der Gegenwart Angehöriges angesehen wissen wollen, mithin auch vergangenen Verhältnissen infolge ihrer Beziehung zur Gegenwart Tatsacheneigenschaft beilegen, in dem Sinne, wie Hälschner sagt: „Tatsache ist alles, was geschehen ist, darum als Gegebenes feststeht“.

Andererseits sind Binding, Rommel und Haager[3]) der Ansicht, daß auch Zukünftiges unter den Tatsachenbegriff falle. Binding definiert: „Tatsache ist alles, was gewußt werden kann, einerlei ob es . . . in die Vergangenheit, die Gegenwart oder die Zukunft fällt“. Diese Definition entspricht aber nicht dem Sprachgebrauch. Denn wenn auch gewußt werden kann, daß „am 21. September des nächsten Jahres die Sonne um 6 Uhr aufgehen wird“, so wird doch niemand dieses zukünftige Ereignis schon vorher als Tatsache bezeichnen wollen, sondern nur den Umstand, daß alljährlich die Sonne am 21. September um 6 Uhr aufgeht.

Rommel erkennt zukünftige Ereignisse als Tatsachen an, sofern diese „stets entweder in Wirklichkeit oder nach einem naheliegenden vom Täuschenden gewollten Schlusse des Getäuschten mit der Gegenwart in direkter Reflexbeziehung stehen“. Es sei daher nicht nötig, daß der Täuschende behaupte, er befinde sich im Besitze verfügbarer ausreichender Mittel zur Bezahlung einer zu kontrahierenden Schuld oder genügenden Vermögens zum Abtrag eines Darlehens, sondern auch die bestimmte Versicherung, er werde zu einer (nach der Lage der Sache bestimmten) Zeit sich im Besitze dieser Mittel befinden, genüge. Zugegeben wird hiermit also, daß die „zukünftige Tatsache“ einer besonderen Beziehung zur Gegenwart bedarf,

---

wähnt H. Meyer S. 477; v. Liszt S. 345; Olshausen § 263 N. 6; Oppenhoff § 263 N. 39; Frank § 263 II; Friedsam a. a. O. S. 21; Zimmermann, GS. 29 S. 131.

[1]) E. 24, 387.

[2]) Merkel, HH. 3 S. 754; v. Schwarze § 263 N. 12; Hälschner S. 261.

[3]) Binding S. 346; Rommel S. 18; Haager a. a. O. S. 578. Gegen Haager vgl. auch Heilbronner, Der Begriff der Unterdrückung wahrer Tatsachen beim Betrug, Erl. Dissert. 1898, S. 6.

daß ohne Berücksichtigung der gegenwärtigen Verhältnisse etwas Zukünftiges nicht als Tatsache gelten könne.

Es sind demnach die gegenwärtigen Verhältnisse das Entscheidende, und zwar, weil nur sie als Tatsachen bezeichnet werden können, eine Bezeichnung zukünftiger Dinge als Tatsachen sprachwidrig sein würde.

Haager aber gibt das wesentliche Begriffsmerkmal des Feststehenden, Bestimmten auf, indem er sagt, „darauf komme es nicht an, ob das vorgespiegelte zukünftige Ereignis mit mehr oder weniger Wahrscheinlichkeit eintreten werde oder könne. Denn auch Umstände, welche tatsächlich, juristisch oder moralisch gar nicht möglich seien, sowie auch innerliche Zustände, Eigenschaften, welche einer Person oder Sache beigelegt würden, selbst allgemeine Begriffe, Dinge also, die als solche der sinnlichen Wahrnehmung sich entzögen, fielen unter den Begriff von Tatsachen".

Haager bezieht hier unrichtigerweise in den Begriff der Tatsache auch dasjenige ein, was das Gesetz mit dem Ausdruck „falsche Tatsache" bezeichnet.

Die Ansichten derjenigen, welche auch zukünftige Dinge als Tatsachen erachten, sind also nicht stichhaltig. Wenn man aber trotzdem auch gelegentlich von zukünftigen Tatsachen spricht, so ist dabei nur von etwas die Rede, was voraussichtlich einmal Tatsache sein wird, eine Tatsache liegt aber in solchem Falle noch nicht vor, ebensowenig wie ein zukünftiges Ereignis sich ereignet hat, ein Ereignis ist.

§ 2.

Äußere und innere Tatsachen.

Davon ausgehend, daß als Tatsache nur etwas Feststehendes gilt, ist auch die Frage zu behandeln, ob nur die sogen. „äußeren Tatsachen" oder auch die sogen. „inneren Tatsachen" richtigerweise als Tatsachen bezeichnet werden können. Bei ersteren handelt es sich um Vorgänge der sinnlich wahrnehmbaren Außenwelt, bei letzteren um Vorgänge im Innern des Menschen. „Alle sogen. inneren Tatsachen sind nichts als Willensrichtungen oder Gedankenvorstellungen."[1])

[1]) Heilbronner a. a. O. S. 11.

Es erscheint zweifelhaft, ob auch diesen „inneren Tatsachen" die Tatsacheneigenschaft beizulegen ist. Beim Behaupten einer jeden Tatsache kommt es aber immer auf den Aussagenden an. Wer etwas Tatsache nennt, behauptet, daß es ihm feststehe, daß er von der Wirklichkeit des betreffenden Umstandes überzeugt sei, ohne Rücksicht darauf nehmen zu müssen, ob allgemein das Vorhandensein dieses Umstands bekannt sei. So ist es sowohl mit den äußeren wie mit den inneren Tatsachen; denn unter jenem Gesichtspunkt ist ebensowohl wie ein nur einer Person zur Kenntnis gekommener äußerer Vorfall Tatsache ein innerer Zustand, ein Gemütszustand, insbesondere auch eine dem Behauptenden innewohnende Absicht. „Der Wahrnehmbarkeit durch die Sinne steht die auf Selbstbeobachtung beruhende gleich" (Frank).[1] Das Begriffsmerkmal des „Feststehenden" besitzen beide.

Ganz richtig sagt daher auch Olshausen[2]): „Wenn jemand behauptet, daß er über gewisse Verhältnisse die und die Ansicht hege, daß seinem Handeln ein bestimmtes Motiv zugrunde liege, daß er bei seinem Handeln eine bestimmte Absicht verfolge, daß, was damit identisch, sein Handeln ein ernstlich gemeintes sei, so liegt darin durchweg die Kundgebung einer bei dem sich Äußernden selbst vorliegenden inneren Tatsache".

In der strafrechtlichen Literatur erkennt die gemeine Meinung äußere wie innere Tatsachen unbedingt an, so außer Olshausen und Frank Binding, v. Liszt, Oppenhoff, Haager, Rommel u. a. m.

Bezüglich der inneren Tatsachen wird von einigen zwar deren Tatsacheneigenschaft nicht ganz bestritten, jedoch nicht anerkannt, daß die Vorspiegelung derselben geeignet sei, im Sinne des Gesetzes als Mittel des Betrugs zu dienen. Hierzu gehören Merkel, Hälschner und Groß.[3])

Merkel sagt[4]): „Um Tatsachen, das Wort im allgemeinen Sinne genommen, handelt es sich bei allen auf Irreführung und Vermögensbeschädigung gerichteten Wahrheitsentstellungen. Auch

---

[1]) Frank § 263 II.

[2]) Olshausen § 263 N. 9.

[3]) Binding S. 347; v. Liszt S. 345; Oppenhoff § 263 N. 39ff., 46; Frank § 263 II; Haager, GS. 27 S. 578; Rommel S. 26.

[4]) Merkel, H. H. 3 S. 754; Hälschner S. 562; Groß S. 184; ebenso auch Rubo, Komm. z. StGB. § 131 N. 1.

Absichten und Meinungen sind (der inneren Sphäre angehörige) Tatsachen, und ‚allgemeine Urteile und Anpreisungen‘ haben nicht weniger eine Beziehung auf Tatsachen wie ‚spezialisierte‘“. Im Sinne des Gesetzes will er aber unter Tatsachen nur „äußere und der Gegenwart angehörige Verhältnisse“ verstanden wissen. „Jedenfalls wollen dadurch (daß nämlich der § 263 StGB. ausdrücklich das Wort Tatsache enthält) Täuschungen über bloße Absichten des Täuschenden vom Betrug ausgeschieden werden.“ Und ferner sagt er (Anm. 12): „Täuschungen über fremde Absichten dürften dagegen hierher zu ziehen sein“. Was schließlich „Vorspiegelung in bezug auf Ansichten und Meinungen des Täuschenden oder dritter Personen“ anbelangt, so sollen diese als häufig vorkommende Elemente eines auf Täuschung über äußere Verhältnisse berechneten Verhaltens nicht als indifferent zu betrachten sein. Tatsachen im Sinne des Gesetzes seien dieselben jedoch nicht.

Hälschner bestreitet ebenfalls die Tatsacheneigenschaft weder der Absicht noch der Ansichten und Meinungen. Aber die Vorspiegelung der Absicht sei zum Betruge nicht geeignet, „weil die zivilrechtliche Wirksamkeit des Geschäftes und der übernommenen Verbindlichkeit von der bona und mala fides des sich Verpflichtenden unabhängig sei, deshalb die Täuschung über die Absicht zu leisten an sich keine Vermögensbeschädigung bewirke“.[1])

„Wer aber Ansichten und Meinungen vorspiegele, nehme für seine Aussage nur den Wert einer subjektiven Meinung, nicht den einer objektiv feststehenden Tatsache in Anspruch, überlasse es daher dem Urteile des anderen, welchen Wert er der Ansicht beilegen wolle, und lehne damit implizite jede rechtliche Verantwortung für die seiner geäußerten Ansicht entsprechende Entschließung des andern und die daraus sich ergebenden Folgen ab.“

Nach Groß sind Absichten keine Tatsachen, sondern nur das Kundgeben einer Absicht ist eine solche.

Nach der oben entwickelten Definition kann man sich keiner dieser Ansichten anschließen. Bei Merkel insbesondere fällt die Unterscheidung zwischen Tatsachen im Sinne des Wortes und solchen im Sinne des Gesetzes auf. Es kann aber nicht als zulässig angesehen werden, in der Annahme, das Gesetz bediene sich auf keinen

---

[1]) Auch v. Schwarze N. 13 kommt mit der Erwägung zu dem Ergebnis, daß die Täuschung über den animus se obligandi noch nicht eine Vermögensbeschädigung sei.

Fall einer pleonastischen Ausdrucksweise, indem es die Wahrheitsentstellung durch Vorspiegelung von Tatsachen zum Tatbestandsmerkmal mache, zu folgern, daß darum auch dem richtigen, dem Sprachgebrauch entsprechenden Tatsachenbegriff ein anderer, besonders für diesen Fall des Gesetzes zu schaffender engerer Begriff der Tatsache entgegengestellt werden dürfte. Der hiermit begangene Fehler, dem Worte einen Begriff zu unterstellen, für den es sprachlich nicht bestimmt ist, wäre erheblich größer, als wenn das Gesetz eine immerhin pleonastische Ausdrucksweise enthielte. Es können unter keinen Umständen nur zur Verwendung in gesetzlichen Bestimmungen für besondere Begriffe Namen gebraucht werden, die sprachlich eine andere, engere oder weitere oder anders geartete Bedeutung haben.

Ferner ist die verschiedenartige Behandlung der beim Täuschenden selbst und der bei einem Dritten vorliegenden inneren Tatsachen nicht zu billigen. Beide Arten treten in gleicher Weise in Erscheinung, nämlich durch Äußerung seitens des Trägers derselben. Nur wird, wenn der Täuschende selbst Träger der inneren Tatsache ist, die Täuschungshandlung regelmäßig mit der Äußerung zusammenfallen, während hinsichtlich der bei einem Dritten vorliegenden inneren Tatsachen die Täuschungshandlung als von der die innere Tatsache zur Erscheinung bringenden Äußerung des Dritten getrennt gedacht werden muß. Wie oben schon ausgeführt worden ist, müssen als Tatsache jedes Ereignis wie jeder Zustand gelten, die Gegenstand unserer Wahrnehmung sein können. Diese Voraussetzungen liegen aber bei beiden erwähnten Arten vor. Auf jenes, der unterschiedlichen Behandlung der beiden Arten der inneren Tatsachen wohl zugrunde liegende in die Erscheinung treten kommt es nicht an, umsoweniger, als eine beim Täuschenden selbst vorliegende innere Tatsache ebensowohl weiteren Kreisen bereits zur Kenntnis gekommen sein könnte, wie eine angeblich dritten Personen innwohnende.

Schließlich aber von den beim Dritten vorhandenen inneren Tatsachen nur die „Absichten“ als solche anzusehen, im Gegensatz zu „Meinungen und Ansichten“, läßt sich nicht rechtfertigen.

Was das von Hälschner gegen die „Absicht“ Angeführte betrifft, so liegt hierin eine Verkennung der Kausalität der Täuschung. Der Getäuschte kann sehr wohl durch die Täuschung geschädigt werden, wenn auch das ihr nachfolgende Nichtleisten oft noch hinzukommen muß.

Bei der Vorspiegelung der Ansichten und Meinungen ist aber

darauf zu achten, daß solches Behaupten des Vorhandenseins einer Ansicht Vorspiegelung einer Tatsache ist, selbst wenn der Gegenstand der Ansicht nicht als wirkliche Tatsache, sondern nur als ein möglicher oder wahrscheinlicher Umstand behauptet wird. Daß der Behauptende für seine Ansicht zuweilen nur den Wert einer subjektiven Meinung in Anspruch nimmt, hindert diese Auffassung nicht. Und zwar ist das Behaupten der Ansicht zumeist sogar in doppelter Richtung Vorspiegelung einer Tatsache. Einmal jedenfalls, wie oben gesagt, weil die Ansicht als tatsächlich vorhanden angegeben wird, sodann erweckt der Täuschende doch durch das Entwickeln seiner Ansicht in dem Getäuschten eine Vorstellung, oft zwar nur von der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Eintritts irgend welcher Umstände, so bei der Entwicklung von Spekulations- und Rentabilitätsaussichten, oft aber auch von ganz bestimmten Tatsachen. Diese Einwirkung auf die Phantasie des Getäuschten stellt also ebensowohl eine Vorspiegelung von Tatsachen dar. Erforderlich ist es nur, daß die Vorspiegelung der Ansicht oder der von ihr betroffenen Umstände eine conditio sine qua non des Erfolgs der Irrtumserregung ist. Letzteres wird zwar manchmal schwer nachzuweisen sein, undenkbar ist es aber nicht.

Nehmen wir ein Beispiel: Ein Antiquitätenhändler hat in seinem Schaufenster einen recht guten und nicht wertlosen Kupferstich ausgestellt; ein Kunstliebhaber tritt in den Laden, betrachtet sich den Stich eingehends und fragt auch, von welchem Meister er wohl stamme. Der als sachverständig bekannte Händler erklärt ihm hierauf, Bestimmtes könne er ihm allerdings darüber nicht versichern, er habe das Bild auch schon verschiedenen Autoritäten gezeigt; seiner Ansicht nach sei es ein Werk Chodowieckis. Er könne das aber nicht bestimmt behaupten, zumal da der Herr Professor X und der Herr Museumsdirektor Y anderer Ansicht gewesen seien, was tatsächlich richtig ist. Er bleibe aber bei seiner Ansicht. Vielleicht führt er noch aus, daß ihn die eigentümliche Schattierung, die ausgezeichnete Plastik und die lebensvolle Darstellung zu seinem Urteil bestimmten. Der Kunstliebhaber, der anfangs nur vermutet hatte, der Stich sei ein Werk Chodowieckis, ist nun überzeugt, daß er wirklich von dem berühmten Meister stamme, und kauft ihn.

Nun hat unser Händler doch durchaus keine Tatsache behaupten wollen, sondern nur ganz bescheiden seine subjektive Ansicht geäußert. Und dieses Verfahren sollte nicht als Betrug aufgefaßt werden

können, obschon der Händler wohl wußte, daß das Bild nicht von dem Meister herrührte und keine solche Summe wert war. U. E. liegt hier, wie oben ausgeführt, sowohl in dem Behaupten des Vorhandenseins der Ansicht als solchem die Vorspiegelung einer Tatsache, wie in der Behauptung speziell dieser Ansicht, das Bild sei ein Werk Chodowieckis, die Vorspiegelung dieser letzteren Tatsache.

Und dieses von uns gewählte Beispiel ist durchaus nicht besonders geartet. In jedem anderen Fall des fälschlichen Behauptens einer subjektiven Ansicht oder Meinung liegen die Verhältnisse analog.

Nicht ganz richtig ist daher u. E. auch das bei Friedsam[1]) Ausgeführte, wonach nur „wenn ich nicht den Inhalt jener mir vorgespiegelten Ansicht, sondern den Umstand, daß jene Ansicht bei dem andern vorhanden sei, in den Kreis meiner Berechnungen ziehe", der andere zur Rechenschaft gezogen werden könne, da er ja keine Garantie und strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Richtigkeit seiner Ansicht übernehme.

Die Praxis, insbesondere die des Reichsgerichts, hat sich dagegen der herrschenden Auffassung angeschlossen. Rommel[2]) führt als Dinge, deren Behaupten als das von Tatsachen angesehen wurde, an: „Kreditfähigkeit, Zahlungsfähigkeit, Fähigkeiten und Fertigkeiten; Eigenschaften in bezug auf Qualität, Ursprungs- und Produktionsort einer Ware; Stand, Rang, Würden, Namen, Persönlichkeit; Gebrechen einer Person, Notlage einer Person, Gegend oder Gesellschaftsklasse; Absichten, Ansichten, Überzeugungen und Meinungen; Rechtsnormen, Rechtsansprüche".

Als zu den äußeren Tatsachen gehörend, obwohl sie „nur vermittelst der inneren geistigen Kräfte erkannt werden können", erwähnt Olshausen[3]) besonders: „Das Bestehen bezw. Nichtbestehen einer objektiven Rechtsnorm, R. 1, 196; 3, 579 (Urt. III v. 7. 1. 1880, I v. 30. 5. 1881); die rechtliche Bedeutung eines Schriftstückes, E. 3, 142 (Urt. I v. 6. 12. 1881); die Sicherheit eines Kreditsuchenden bezw. die Bonität einer Forderung, R. 5, 395 (Urt. II v. 1. 6. 1883)."

Auch die „Chance", die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Gewinns eines Glückspiels, gehört hierher, E. 28 S. 283 (Urt. I v. 23. 3. 1896). Warum Binding[4]) behauptet, wer die

---

[1]) Friedsam a. a. O. S. 84.

[2]) Rommel S. 17 ff.; vgl. das. Inhaltsverzeichnis S. III.

[3]) Olshausen § 263 N. 8.

[4]) Binding S. 347 Anm. 4.

Chancen eines Glückspiels größer erscheinen lasse, als sie sind, täusche nicht, ist nicht wohl verständlich; denn auch eine Chance ist doch regelmäßig etwas Bestimmbares, rechnerisch Festzulegendes, das Vorhandensein einer solchen eine Tatsache.

Als innere Tatsachen führt Olshausen[1]) insbesondere u. a. auf: „Das Vorhandensein einer bestimmten Absicht des Täters (z. B. mit einem neu auszustellenden Wechsel ein früheres Gefälligkeitsakzept einzulösen, seinen Gläubiger zu befriedigen, empfangene Gelder in gewisser Weise zu verwenden, einen Vertrag eingehen zu wollen usw.); E. 1, 305; 3, 142; R. 2, 54, 690, 629; 3, 294; 5, 640 (Urt. I v. 8. 3. 1880, I v. 30. 12. 1880, I v. 10. 6. 1880, 3. 1. 1881, III v. 11. 12. 1880, 11. 5. 1881, 25. 10. 1883); ferner die Ernstlichkeit einer Bestellung, R. 2, 629; E. 24, 405 (Urt. III v. 11. 12. 1880, II v. 14. 11. 1893); Kenntnis der bei einem Dritten bestehenden Absicht, R. 5, 542 (Urt. I v. 24. 9. 1883).

§ 3.

Allgemeine Äußerungen, insbesondere allgemeine Anpreisungen.

Haben wir nun früher schon gefunden, daß jeder der Vergangenheit oder Gegenwart angehörende Vorgang, Verhältnis, Umstand „Tatsache" genannt wird, so kann selbstverständlich im Einzelfall jenes Prädikat immer nur einem bestimmten Umstand beigelegt werden. Je allgemeiner etwas behauptet wird, je weniger Beziehungen eine Äußerung zu bestimmten Vorgängen oder Verhältnissen hat, desto schwieriger ist es vielleicht jenen Umstand zu bestimmen, in betreff dessen die Behauptung gilt, unmöglich ist es aber regelmäßig nicht. Werden z. B. einer Person unehrenhafte Handlungen nachgesagt, wobei aber Zeit, Ort und die näheren Umstände nicht angegeben werden, so ist damit, auch wenn kein bestimmter Vorgang erwähnt wird, zum mindesten doch regelmäßig ein Urteil über Eigenschaften und die Persönlichkeit des Betroffenen gegeben. Konkludenterweise können also auch durch allgemeine Äußerungen bestimmte Tatsachen vorgespiegelt werden. Die gemeine Meinung und auch das Reichsgericht[2]) scheinen allerdings auf

[1]) Olshausen § 263 R. 9.

[2]) vgl. E. 35, 231 (Urt. II v. 2. 5. 1902); ferner E. 31, 282; 24, 300; 21, 158

das Erfordernis des „Bestimmten“ zuviel Gewicht zu legen, indem sie „allgemeine Betrachtungen und Urteile“, da es sich darin nicht um die „Behauptung bestimmter Vorgänge“ handle, grundsätzlich nicht als Behaupten von Tatsachen ansehen.

Insbesondere in Betracht kommt diese Frage bei den im Verkehr vielfach üblichen allgemeinen Anpreisungen, bei solchen Bezeichnungen wie „beste Qualität“, die „beste Seife der Welt“, „prima“, „bester Himbeersaft“, „Ia, Ia“, „noch nie dagewesen“, „größte Ersparnis“ und wie sonst diese trügerischen Reklamen alle heißen. Zumeist wird verneint, daß hierin das Behaupten von Tatsachen gefunden werden könne,[1]) besonders indem man sich auf die viel zitierte Stelle in Goltdammers Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten[2]) beruft, wonach man bei der Redaktion des § 241 preuß. StGB. die Ausschließung der allgemeinen täuschenden Anpreisungen aus dem Betrugsbegriffe durch Verwendung des Ausdrucks „Tatsache“ besonders im Auge gehabt habe, und nur die Versicherung bestimmter angeblich vorhandener Eigenschaften, welche, wenn sie Sachen beträfen, Gegenstand der Gewährleistung sein würden, zum Betruge gehöre.

Der § 263 RStGB. entspricht nun zwar im wesentlichen dem § 241 preuß. StGB. Aber es fragt sich doch, ob und wieweit durch die Fassung des Betrugsbegriffs, wie sie in beiden Gesetzbüchern enthalten ist, die beabsichtigte Ausscheidung tatsächlich erfolgt ist. Ferner kann auch das allzu häufige und verbreitete Vorkommen solcher Reklamen, auf das man mitunter hinweist, nicht maßgebend sein, wenn auch vielleicht allgemein üblich ist, daß jeder seine Ware und Fabrikate als das Beste hinstellt. Ebensowenig trifft die Erwägung ganz zu, daß der angebliche Vorzug der Ware mit solchen Anpreisungen gar nicht ernstlich behauptet werde, da jeder vernünftige Mensch wisse, daß niemand solch ein Urteil fällen könne, „weil ihr Unwert genügend bekannt sei und man sich durch dieselben nicht täuschen lasse“ (Hälschner).

Jedenfalls kommt es nicht allein auf die Absicht des Gesetz-

(in diesen Fällen handelte es sich allerdings um die Anwendung der §§ 186 bezw. 131 StGB.).

[1]) vgl. z. B. Friedsam a. a. O. S. 38; Hälschner S. 264; Olshausen § 263 N. 3; v. Schwarze § 263 N. 18; Frank § 263 II.

[2]) Goltdammers Mat. z. StGB. für die preuß. Staaten II S. 538.

gebers, sondern in erster Linie auf den Wortlaut des Gesetzes selbst an.

Es ist nun allerdings richtig, daß in der Regel nicht diejenige Tatsache vorgespiegelt wird, die die wörtliche Auslegung der betr. Anpreisung als in ihr behauptet ergeben würde. Jedoch wäre es unrichtig, diesen Anpreisungen jede Beziehung auf Tatsachen aus jenem Grunde abzusprechen. Neben dem buchstäblichen Sinn ist auch hier der wirkliche Sinn zu berücksichtigen und letzterer bestimmt sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Natürlich ist diese zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten, insbesondere in verschiedenen Ländern, eine wechselnde. Auch ist zu beachten, ob die Anpreisung von einem bekannten Geschäft mit großem Kundenkreis oder von marktschreierischen Jahrmarktshändlern ausgeht. Danach wird bei solchen Anpreisungen regelmäßig zwar nicht die Behauptung, die betr. Ware sei die beste ihrer Art, als aufgestellt gelten müssen, aber oft die ganz konkrete Tatsache, es handele sich um eine vorzügliche Ware; das kaufende Publikum wird in zahlreichen Fällen zu der Erwartung berechtigt, etwas Gutes, mindestens Preiswertes zu erhalten und nicht etwas, das es billiger in anderen Geschäften kaufen kann, wenn es nicht gar eine Schundware bekommt.

Es soll jedoch nicht völlig bestritten werden, daß es auch so allgemeine Anpreisungen gibt, in denen die Vorspiegelung falscher „Tatsachen" nicht gefunden werden kann. Als solche sind in der Regel die Anpreisungen von Jahrmarkts- und Straßenhändlern, von Gauklern und fahrenden Leuten anzusehen, die übrigens gar nicht den Zweck haben, die gebotenen Waren oder Leistungen als ausgezeichnet hinzustellen, sondern vielmehr das Publikum durch die originellen, übertriebenen Redensarten anzulocken und die Kauflust anzuregen. Auch diejenigen Warenanpreisungen, die „sich als bloße Empfehlungslügen" darstellen, die „zumeist nur Bestandteil der Höflichkeit, welche Transaktionen zwischen Anfrage und Nachfrage zu vermitteln pflegen" sind, können hierher gezählt werden.[1]) Straflos würden solche Fälle regelmäßig schon aus dem Grunde bleiben müssen, weil der Nachweis der rechtswidrigen Absicht sich nicht erbringen läßt.

Wenn man sich vor dieser Bewertung der allgemeinen An-

---

[1]) Rotering, GS. 60 S. 259.

preisungen, die nur die Fälle der letzterwähnten Art als nicht nach § 263 StGB. strafbar erachtet, zumeist mit Rücksicht auf das allzu verbreitete Vorkommen solcher Reklamen gescheut und gefürchtet hat, zu einer den Interessen des praktischen Lebens und dem Verkehrsbedürfnisse widerstreitenden Auslegung des Tatsachenbegriffs zu gelangen, so irrte man. Denn gerade das Interesse des Warenverkehrs rechtfertigt die hier vertretene Auffassung. Sie erfordert nicht nur das Interesse des kaufenden Publikums, vielmehr dasjenige der mit der Güterproduktion und dem Güterverkehr befaßten Kreise, der Industrie und des Handels; der reelle Geschäftsmann leidet durch jene ungesunde Reklame am meisten. Darauf, daß einer Bekämpfung der letzteren auch auf Grund des § 263 nichts im Wege steht, soll durch das Gesagte hingewiesen werden.[1])

Es bleibt jetzt nach allem, was über den Tatsachenbegriff gesagt worden ist, kaum etwas mehr übrig, was man als Nichttatsache bezeichnen könnte. Das einzige wären, außer den „ganz allgemeinen Anpreisungen", die ebenfalls schon erwähnten „zukünftigen Tatsachen". Aber auch die Vorspiegelung solcher wird sich im Einzelfall zumeist unter den Begriff der Vorspiegelung gegenwärtiger Tatsachen, insbesondere der Vorspiegelung einer Absicht, einer Fähigkeit, des Vorhandenseins genügender Mittel oder genügenden Kredits bringen lassen.

Im übrigen ist der Begriff der Tatsache ein ebenso allgemeiner wie der Begriff der Sache. Wie als solche konkret alles wirklich Vorhandene oder vorhanden Gewesene bezeichnet wird, so ist auch Tatsache abstrakt jeder Vorgang, Umstand oder Verhältnis.

§ 4.

Falsche und wahre Tatsachen.

Nach Feststellung des allgemeinen Begriffs „Tatsache" sind nun die in § 263 StGB. gemachten Unterscheidungen selbst zu betrachten. Das Gesetz spricht von „falschen" und „wahren" Tatsachen. Da Tatsache nur etwas Wirkliches, Feststehendes ist, so dürfte

[1]) Ähnlich der im Text vertretenen Ansicht anscheinend Meyer S. 475: „Ob und wieweit aber die Anpreisung einer Ware als Betrug erscheint, richtet sich darnach, welches Gewicht dieselbe im einzelnen Fall und zwar nach dem Wissen und Willen des Täters selbst, auf die Entschließung des anderen ausübt".

streng genommen von falschen Tatsachen nicht die Rede sein, der Ausdruck; „wahre Tatsache“ aber enthielte einen Pleonasmus. Doch das Gesetz hält sich hier an den allgemeinen Sprachgebrauch; ebenso wie von zukünftigen, wie von angeblichen und unmöglichen Tatsachen, die doch nicht Tatsachen sind, kann von falschen Tatsachen gesprochen werden. Wer fälschlich behauptet, daß etwas Tatsache sei, behauptet eine falsche Tatsache. Der Ausdruck ist ebenso gerechtfertigt wie die Bezeichnungen „falsche Urkunde“, der „falsche Demetrius“, der „falsche Sebastian“. Und „sagt nicht auch ein ganz allgemeiner Sprachgebrauch: Diese Lösung der Aufgabe ist falsch, dieser Beweis ist mißlungen, obschon doch die falsche Lösung keine Lösung, ein mißlungener Beweis kein Beweis ist“.[1]) Unter den Begriff der falschen Tatsache sind aber nicht nur fälschlich behauptete Umstände, Ereignisse, Vorgänge zu rechnen, deren Vorkommen an sich möglich und denkbar ist, sondern auch Dinge, die als Tatsache unmöglich sind. So kann als Tatsache behauptet werden der Besitz übernatürlicher Kräfte oder das Vorhandensein eines Spuks in einem Hause.[2])

Eine „wahre“ Tatsache ist demgegenüber eine Tatsache in der eigentlichen Bedeutung des Wortes, eine solche, bei welcher die tatsächlichen Verhältnisse und das als tatsächlich feststehend Behauptete übereinstimmen. Die Gegenüberstellung der wahren gegen die falschen Tatsachen rechtfertigt somit vollkommen den Pleonasmus. Beide stehen im kontradiktorischen Gegensatz und füllen gemeinsam als Oberbegriff einen weiteren Tatsachenbegriff aus, der alles, was, ob zu Recht oder mit Unrecht, als Tatsache behauptet werden kann, ohne Rücksicht auf Wahrheit oder Unwahrheit umfaßt.[3])

---

[1]) Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 287.

[2]) So die gem. M., insbes. Haager, GS. 27 S. 577; a. A. Zimmermann, GS. 29 S. 131.

[3]) Gegen den Pleonasmus Heilbronner a. a. O S. 6 und Groß S. 168.

Zweites Kapitel.

Die Vorspiegelung falscher, Entstellung und Unterdrückung wahrer Tatsachen.

§ 1.

Die Vorspiegelung falscher Tatsachen.

Nachdem bisher der Tatsachenbegriff festgestellt worden ist, gilt es nunmehr, die Begriffe der Vorspiegelung wahrer Tatsachen, der Unterdrückung und Entstellnng falscher Tatsachen zu bestimmen. Es wird auch hier nicht immer ein strenges Einhalten der Disposition möglich und nicht ganz zu vermeiden sein, daß das eine in das andere übergreift, da die strafrechtliche Bedeutung der einzelnen Tatbestandsmerkmale sich oft nur im Zusammenhang mit den übrigen Merkmalen feststellen lassen wird.

Der Ausdruck „Vorspiegelung" ist ein bildlicher. Wer vorspiegelt, läßt einen anderen gleichsam in einen Spiegel sehen, der angeblich wirkliche Dinge wiedergibt, er erweckt in ihm eine Vorstellung. Wer eine Tatsache vorspiegelt, erweckt in einem anderen die Vorstellung von etwas als feststehend Angegebenem, von einem angeblich tatsächlich geschehenen Ereignis, Vorfall oder Umstand, „er insinuiert seine Behauptung" (Kohler, s. unten) einem anderen. Regelmäßig verbindet sich mit dem Ausdruck „Vorspiegelung" der Sinn, daß das Bild ein trügerisches, der Wirklichkeit nicht entsprechendes ist. Notwendig und immer hat das Wort diese Bedeutung jedoch nicht.[1]) Jedenfalls trifft es aber nicht zu, daß „Vorspiegelung" gleichbedeutend sei mit „wissentlich etwas Unwahres als wahr an-

[1]) s. Heyne, Deutsches Wörterbuch Bd. 3 S. 1307. Vorspiegeln = als Spiegelbild zeigen, zum Erkennen, Nacheifern. In Grimms Wörterbuch ist die Bearbeitung des Wortes zurzeit noch nicht erschienen.

geben".[1]) Es ist auch daher nicht überflüssig, daß das Gesetz von der Vorspiegelung einer „falschen Tatsache" spricht, anstatt einfach von der Vorspiegelung einer Tatsache zu reden, wenn es nur das Vorbringen einer objektiv unwahren Tatsache für erheblich erklären will.

Nicht strafbar ist die Vorspiegelung einer wahren Tatsache, selbst wenn der Täter seine Behauptung für unwahr hielt; sie ist dies auch dann nicht, wenn der andere sich auf sie hin tatsächlich irgendwie eine falsche Vorstellung machte. Hier könnte event. Betrugsversuch vorliegen. Dagegen muß als strafbar erachtet werden der Fall, in dem der Täter von der Unwahrheit der behaupteten Tatsache zwar nicht überzeugt ist, sie aber als möglich annimmt. Dieser dolus eventualis ist dem direkten Vorsatz gleichzuachten (E. 28, 189 Urt. IV. v. 18. 2. 1896).[2]) Anstatt aber die Strafbarkeit solcher Fälle auf einen dolus eventualis zu begründen, kann man sie auch auf einen dolus directus zurückführen, indem man nicht die vom Täter im stillen für möglicherweise unwahr erachtete Tatsache als vorgespiegelt ansieht, sondern seine Kenntnis hinsichtlich des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins jener Tatsache oder des Gegenteils der letzteren. Dieses Verfahren findet sich in E. 20, 3 Urt. IV v. 22. 10. 1889 und E. 24, 144 Urt. IV v. 25. 9. 1893,[3]) und Binding[4]) hält dasselbe für richtiger als jenes, indem er sagt, es werde in E. 28, 189 ganz unnötig mit dem dolus eventualis operiert, denn wer behaupte, eine Kuh sei gesund, während er sehr wohl für möglich halte, daß sie tuberkulös ist, behaupte ganz direkt eine falsche Tatsache, seine Überzeugung von der Gesundheit. Da aber das Behaupten einer Tatsache als solches im Verkehr in der Regel schwerwiegender ist als das Versichern der Überzeugung vom Vorhandensein der Tatsache, wird man richtiger nicht immer diese anstatt der Tatsache selbst als Gegenstand der Vorspiegelung anzusehen haben und daher wohl auch gelegentlich zutreffender mit dem dolus eventualis

---

[1]) So Bayer. OLG. Urt. v. 21. 11. 1901 u. v. 8. 4. 1902 (Sammlungen der Entscheidungen dess. 2, 154 und 2, 327); vgl. 4. Spruchsammlnng der DJZ. 1906 S. 60.

[2]) Das RG. faßt in dieser Entscheidung seine Ansicht folgendermaßen: „Auch derjenige, der weiß, es könne durch seine Behauptung einer Tatsache, wenn diese falsch sei, ein rechtswidriger Erfolg, nämlich die Täuschung eines anderen, herbeigeführt werden, die Möglichkeit dieser Unrichtigkeit aber in seinen Willen aufnimmt, also für den Fall des Eintrittes dieser Möglichkeit die Tatsache trotz ihrer Unwahrheit behaupten will, spiegelt die Tatsache, wenn sie in der Tat unwahr ist, vor".

[3]) vgl. auch Rommel S. 35; Frank § 263 VI; Olshausen § 263, 13.

[4]) Binding S. 347.

operieren. Andererseits muß man aber bei Beziehung der Vorspiegelung auf die eigene Kenntnis der Tatsache eine falsche Vorspiegelung dann auch annehmen, wenn die betreffende Tatsache zwar wahr, die Kenntnis aber unwahrerweise behauptet worden war.[1]) Eine praktische Bedeutung wird letzteres freilich deswegen kaum haben, weil ein solcher Irrtum wohl unschädlich sein dürfte. Übrigens ist in bezug auf bei dem Täter selbst vorliegende innere Tatsachen dolus eventualis schon an sich ausgeschlossen.[2])

Besonders geartet ist der bei Rommel[3]) erwähnte Fall der Vorspiegelung einer an sich wahren Tatsache, wobei der Betrüger behauptet, er habe eine Erbschaft gemacht oder er habe in der Lotterie gewonnen, und Beträge angibt, die ihn in die Lage versetzen würden, seinen Verbindlichkeiten nachzukommen, während die Erbschaft, der Gewinn schon längst nicht mehr vorhanden oder durch andere Schulden absorbiert ist. Jedoch, wenn es auch wahr ist, daß der Betrüger die Erbschaft gemacht, den Gewinn erhalten habe, so ist das allerdings die Behauptung einer wahren Tatsache, erheblich ist aber die sich daran anschließende Vorspiegelung, die Erbschaft sei noch vorhanden, bezw. die Unterdrückung der Umstände, wodurch die eingetretene günstige Vermögenslage des Betrügers wieder aufgehoben worden ist. Denn das liegt doch in der Behauptung, eine Erbschaft gemacht zu haben, einen Gewinn erhalten zu haben. Der Sinn der Worte entscheidet also, ob die vorgespiegelte Tatsache eine falsche Tatsache ist.

Von Bedeutung ist ferner, daß die Vorspiegelung als Handlung des Täters betrachtet wird; der letztere muß in Richtung auf den Erfolg, die Täuschung eines anderen, tätig geworden sein. Das ergibt sich aus dem Ausdruck „Vorspiegelung" selbst, wie auch später aus dem Erfordernis der Erregung oder Unterhaltung des Irrtums.

Für die Begehungsform dieser Handlung gelten aber nicht andere Regeln als für die Begehung strafbarer Handlungen überhaupt. Wie bei dieser die Handlung sowohl als in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehend gedacht werden kann, so auch beim Betrug.

Was zunächst das positive Tun anbelangt, so muß hier betont

---

[1]) Olshausen § 263 N. 10.
[2]) E. 30, 333, Urt. IV v. 16. 11. 1897; Frank § 263 VI.
[3]) Rommel S. 18.

werden, daß auch die geringste Tätigkeit genügt, soweit nur dadurch die falsche Vorstellung hervorgerufen wird, und daß auch schon das bloße Behaupten einer falschen Tatsache diese Wirkung haben kann. Unrichtig ist es daher, wenn Groß[1]) fordert, daß der Täter zur Unterstützung seiner Aussage einen äußeren Umstand dazutreten lassen müsse. Ebenso ist es durchaus nicht nötig, daß der Täter, wie Kohler[2]) verlangt, „etwas getan habe, um dem Getäuschten seine Behauptung zu insinuieren, sei es durch Vorschützen falscher Beweise, sei es auch nur die Hartnäckigkeit und Sicherheit des Vorbringens". Auch „eine Überrechnung, eine Übersetzung einzelner Posten einer Rechnungsaufstellung, eine Überschreitung von Taxen" ist strafrechtlicher Betrug, sofern nur die übrigen Tatbestandsmomente, insbesondere die rechtswidrige Absicht, vorhanden sind. Was bei dem vollendeten Betrug bezüglich der Vorspiegelung gilt, muß auch bei dem Betrugsversuch gelten. Kohler dagegen behauptet: „Beim Betrugsversuche kommt es sehr in Betracht, ob eine bloße Lüge vorliegt, die keinen nachhaltigen Eindruck macht, oder ein hartnäckiges, listiges, heimtückisches Gebaren, das, wenn es auch im einzelnen Fall scheitert, doch eine erhebliche Gefährlichkeit aufweist". Das von ihm angeführte Urteil des bayerischen Kassationshofs vom 18. 6. 1867 mit dem Ausspruch, daß die bloße lügnerische Behauptung des Drittschuldners, bereits an den Zedenten Zahlungen gemacht zu haben, noch kein strafrechtlicher Betrug sei, ist u. E. unrichtig. Der fragliche Teil des Urteiles lautet, wie von Kohler zitiert, folgendermaßen: „Mit einer solchen, wenn auch eine tatsächliche Unwahrheit in sich schließenden Negation ist aber der Begriff einer ‚Vorspiegelung falscher Tatsachen' oder eines ‚arglistigen Kunstgriffes' ... in keiner Weise erschöpft; denn das Gesetz erheischt ... seitens des Täuschenden die Anwendung besonderer Mittel der Beredung oder die Benutzung besonderer Umstände, welche, indem sie den Asserten des Täuschenden das Gepräge der Wahrhaftigkeit geben, geeignet sind, dieselben dem zu Täuschenden als wahr erscheinen zu lassen". U. E. entspricht eine solche Auslegung des Begriffes der Vorspiegelung weder dem Wortlaut des Reichsstrafgesetzbuches noch dem des bayerischen Strafgesetzbuches von 1861 Art. 314. Letzteres bedroht zwar den mit Strafe, der mittels Vorspiegelung falscher oder mittels Unterdrückung

---

[1]) Groß S. 164.

[2]) Kohler S. 23; so auch Frank § 263 II.

wahrer Tatsachen oder mittels Anwendung arglistiger Kunstgriffe eine Täuschung hervorruft oder unterhält. Es liegt aber kein Grund vor, ein Moment, welches in der „Anwendung arglistiger Kunstgriffe“ liegt, auch in der „Vorspiegelung falscher Tatsachen“ zu finden. Irreführend und mit Recht in § 263 StGB. nicht verwendet ist die Erwähnung der „arglistigen Kunstgriffe“ allerdings. Vielleicht waren jene Richter des bayerischen Kassationshofes noch durch die Erinnerung an § 256 des bayerischen Strafgesetzbuches von 1813 beeinflußt, wonach bestraft wird, „wer vorsätzlich falsche Tatsachen für wahr ausgibt und darstellt“. Danach scheint allerdings früher noch etwas mehr als das bloße Behaupten einer falschen Tatsache erforderlich gewesen zu sein. Worin dieses Mehr besteht und wo die Grenze zwischen dem „Ausgeben“ und „Darstellen“ zu suchen ist, ist wohl nicht leicht zu sagen. Jedenfalls läßt sich, wie oben ausgeführt, weder aus dem Wortlaut des ganzen § 263 StGB. noch aus dem Begriff der Vorspiegelung auf das Erfordernis einer besonderen Tätigkeit neben dem einfachen Behaupten schließen.

Kohler beruft sich zwar auch auf ein Urteil des Reichsgerichts E. 23, 244, wonach jemand sich nicht des Betrugs schuldig gemacht hat, der von einem anderen im trunkenen Zustande Befindlichen ein Darlehen empfangen hatte und am nächsten Tage auf die Frage des letzteren ableugnete, der Darlehnsnehmer gewesen zu sein. Diese Entscheidung ist u. E. unrichtig und auch tatsächlich nicht unbestritten geblieben.[1])

Die herrschende Lehre[2]) steht jedenfalls mit Recht auf dem Standpunkt, daß eine bloße Lüge zur Verübung des Betrugs genügt.

Ferner ist auch keine besondere „Arglist“ erforderlich, wie v. Liszt und Groß[3]) annehmen.

Schließlich darf man auch daraus, daß tatsächlich sehr zahlreiche Fälle jener Art vorkommen, nicht folgern, daß solche leichten Fälle der Täuschung als erlaubt zu betrachten seien.

Es sind also keine besonderen Veranstaltungen, keine maneuvres frauduleuses, keine means of some artful device, ebensowenig „listige

---

[1]) vgl. Binding S. 348 sowie auch unt. S. 43/44.

[2]) Merkel, HH. 3 S. 757 u. Abh. 2 S. 258; Binding a. a. O.; Meyer S. 478; Oppoff § 263 N. 49; Rommel S. 36; Rotering GS. 60 S. 259; vgl. auch Goltdammers Mat. 2 S. 543.

[3]) v. Liszt S. 472; Groß S. 153ff.

Vorspiegelungen und Handlungen", wie nach § 197 des österreichischen StGB., erforderlich.

Ebenso wie keine besonders listige Art und Weise der Vorspiegelung nötig ist, um den Tatbestand des Betrugs zu erfüllen, braucht auch der Inhalt der Vorspiegelung nicht besonders geartet zu sein. Es kommt nämlich durchaus nicht darauf an, ob, wie Zimmermann[1]) fordert, ein vernünftiger, selbst nur wenig begabter Mensch, die Absurdität der Vorspiegelung hätte erkennen können. Auch hier bieten weder der Wortlaut des § 263 noch allgemeine Rechtsgrundsätze einen Anhalt zu der Annahme, daß durch absurde, dem normalen Menschen gegenüber unwirksame Vorspiegelungen Betrug nicht begangen werden könne, da das Gesetz den Unvernünftigen nicht schützen wolle. Mit dieser dem römischen Satze „vigilantibus iura sunt scripta" verwandten Auffassung hat man daher allgemein gebrochen, und besonders die Praxis zeigt, daß gerade die sinnlosesten Vorspiegelungen sehr häufig und nicht zum mindesten gefährlich und strafwürdig sind. Es wird sich jedoch empfehlen, die nähere Erörterung des Prinzips „vigilantibus iura sunt scripta" erst später vorzunehmen, nachdem wir überhaupt zu der Frage Stellung genommen haben, wann im Verkehr eine Pflicht zu wahrheitsmäßigem Verhalten gegeben ist.

Außer direkt durch Behauptungen, womit die vorgespiegelte Tatsache selbst erwähnt wird, kann natürlich vorgespiegelt werden, eine Vorstellung erweckt werden, auch indirekt durch konkludente Handlungen. Eine Vorspiegelung dieser Art ist z. B. der Verkauf einer Ware mit einem falschen Etikett, mit einer falschen Firmenbezeichnung oder Warenzeichen. Auch die Überschreitung einer Taxe muß als Betrug angesehen werden, sofern mindestens stillschweigend der taxmäßige Preis vereinbart war. Ferner möchten wir auch die Benutzung eines einem anderen gehörigen Legitimationspapieres, insbesondere eines Sparkassenbuchs zur Erhebung der fremden Einlage als Vorspiegelung falscher Tatsachen, nämlich der der Berechtigung des Inhabers, die Gelder zu erheben, ansehen.[2])

Darauf, daß „der Eintritt in Vertragsverhältnisse und die Vornahme bestimmter geschäftlicher Akte an und für sich gewisse positive Behauptungen in sich schließt", hat Merkel[3]) wiederholt hin-

---

[1]) Zimmermann, GS. 29 S. 131.

[2]) a. A. Olshausen § 263 N. 13.

[3]) Merkel, Abh. 2 S. 152 ff.; HH. 3 S. 753 u. 4 S. 210; ebenso Meyer S. 478.

gewiesen. Daher hat auch das Reichsgericht z. B. in der Einziehung zedierter Mietforderungen durch den Zedenten die Vorspiegelung falscher Tatsachen gefunden (R. 3, 477 Urt. II v. 12. 7. 1881), ferner in der vertragswidrigen Lieferung einer nur äußerlich der vertragsmäßigen gleichen Ware die Vorspiegelung der Kontraktmäßigkeit (R. 9, 15 Urt. I v. 10. 1. 1887).[1] Unter den vielen hier einschlägigen Fällen sei im übrigen nur noch des Kreditbetrugs, wozu auch die Zechprellerei gehört, gedacht. Hier spiegelt der Betrüger bei Eingehung von Verbindlichkeiten Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit vor. Mindestens aus einem der beiden Gründe nehmen daher die meisten Strafbarkeit solcher Handlungen an, soweit sie diese nicht wegen Fehlens der Vermögensbeschädigung oder der auf Erlangung eines Vermögensvorteils gerichteten Absicht verneinen.[2] Das Reichsgericht sieht jedenfalls darin eine Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen.[3]

§ 2.

Die Unterdrückung wahrer Tatsachen.

Ebenso wie bei der Vorspiegelung falscher Tatsachen stellt sich bei der Unterdrückung wahrer Tatsachen dem Getäuschten die Gesamtheit der unter normalen Verhältnissen relevanten Umstände anders dar, als es der Wirklichkeit entspricht. Der Erfolg der Vorspiegelung wäre somit der gleiche wie derjenige der Unterdrückung. Man könnte daher annehmen, daß die Vorspiegelung falscher Tatsachen und die Unterdrückung wahrer Tatsachen auch inhaltlich das gleiche bedeuten, da die Vorspiegelung von bestimmten Umständen immer die Unterdrückung des Gegenteils enthält und umgekehrt. Man hat aus diesem Grunde auch von einer „nur scheinbaren Vermehrung der Mittel" gesprochen.

In vielen Fällen wird es auch schwer sein, zu entscheiden, ob sich eine Handlung als das erste oder das zweite darstellt. Der Unterschied liegt jedoch hauptsächlich in folgendem: Während bei der

[1]) Anders allerdings E. 14 S. 310; vgl. Rommel S. 22ff; 44ff.; richtig Heilbronner a. a. O. S. 36; s. auch u. S. 40.

[2]) vgl. Olshausen § 263 N. 20; s. auch Kronacher, Ist Zechprellerei Betrug? 1906 S. 10.

[3]) z. B. R. Bd. 2 S. 691.

Vorspiegelung falscher Tatsachen die Gesamtheit der einzelnen für den Getäuschten erheblichen Umstände im wesentlichen so dargestellt wird, wie es der Wirklichkeit entspricht, aber neue, der Phantasie des Betrügers entsprungene Momente hinzugefügt werden, werden bei der Unterdrückung wahrer Tatsachen, die tatsächlich vorliegenden Umstände selbst im wesentlichen anders dargestellt, eine Hinzufügung neuer Momente unterbleibt aber im wesentlichen.

In Zweifelfällen werden als vorgespiegelt oder unterdrückt wohl immer diejenigen Tatsachen zu gelten haben, auf deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein im Verkehr die größere Bedeutung gelegt wird. Das sind regelmäßig speziellere, begrifflich engere Tatsachen im Gegensatz zu allgemeineren, begrifflich weiteren.. So ist das Fehlen einer bestimmten Krankheit die speziellere Tatsache gegenüber der allgemeineren der Fehlerfreiheit des Rindes. Nach jener bestimmt sich das Interesse der Beteiligten an der Vornahme oder Nichtvornahme einer Handlung, insbesondere bei Verträgen dienen die spezielleren Tatsachen zur näheren Spezialisierung und Wertbestimmung des Objekts. Auch der Richter wird bei der Beurteilung der täuschenden Handlung mehr Gewicht auf die unterdrückte Tatsache legen, daß nämlich das verkaufte Rind tuberkulös ist, als auf die vorgespiegelte, daß das Rind gesund sei.

Dafür, daß jene scheinbare Vermehrung der Mittel nicht ganz zu mißbilligen ist, spricht vielleicht noch ein anderer Grund: Es entspricht der präventiven Bedeutung, die auch das Strafgesetz hat, wenn die Art und Weise, in der eine falsche Tatsache vorgespiegelt werden kann, näher veranschaulicht wird, daß nämlich der Tatbestand des Betrugs nicht nur dann erfüllt ist, wenn einzelne unwahre Angaben gemacht sind, sondern auch, wenn einzelne wahre Verhältnisse nicht angegeben worden sind; ebenso wie der Schwörende darauf hingewiesen wird, daß zur Aussage der reinen Wahrheit auch gehört, daß nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt wird.

Daß die Unterdrückung von Tatsachen sowohl direkt durch Ableugnen, als auch indirekt durch konkludente Handlungen, wozu auch das Behaupten des Gegenteils zu rechnen ist, erfolgen kann, bedarf kaum besonderer Erwähnung. Es gilt hier das bereits über die „Vorspiegelung" Gesagte (s. oben S. 22). Jedenfalls ist es nicht zutreffend, wenn v. Schwarze[1]) nur die „einfache Verschweigung von Tatsachen" als Unterdrückung solcher ansieht.

[1]) v. Schwarze § 263 N. 11; dagegen Heilbronner a. a. O. S. 19.

Diese zuletzt erwähnte Art der Unterdrückung wahrer Tatsachen bedarf aber noch eingehenderer Betrachtung. Es ist nämlich von ganz besonderer Bedeutung die Frage, ob „bloßes Verschweigen" überhaupt als unter den Begriff der Unterdrückung fallend angesehen werden kann. Es ist dies wohl die schwierigste und umstrittenste Frage aus der Lehre vom Betrug.

Man nahm früher vielfach hier ein allgemeines Recht auf Wahrheit an und betrachtete das Verschweigen als Teil eines betrügerischen Verhaltens, soweit darin ein Verstoß gegen die jenem Rechte entsprechende Pflicht zur Angabe der Wahrheit lag.[1]) Die neuere Theorie hat sich aber fast vollständig von der Annahme eines allgemeinen Rechts auf Wahrheit abgewandt und daher für die Strafbarkeit des Verschweigens als Mittel zum Betrug andere Erfordernisse aufgestellt.

Und zwar hat man nun richtigerweise zunächst das Moment der Kausalität betont. Allein dadurch wurde nichts weniger als eine einheitliche Beantwortung der Frage gewonnen, da jetzt die Stellung, die man zur Frage der Verursachung und insbesondere zu derjenigen nach der Verursachung durch Unterlassung nimmt, entscheidend wurde.

Da regelmäßig verneint wird, daß durch bloße Unterlassung ein Erfolg verursacht werden könne, so hat man nun auch das „bloße Schweigen" zunächst als unbeachtlich und nur ein solches Schweigen als erheblich erklärt, das mit einem vorhergehenden oder gleichzeitigen Tun in Verbindung trete und sich somit als ein aktives darstelle. In erster Linie ist es Merkel gewesen, der diesen Grundsatz hervorhob; wie er allgemein ein rein passives Verhalten nicht als Verursachung ansieht, so behauptet er auch, daß nur die positive Tätigkeit des Schweigenden eine der Bedingungen herstelle, von welchen der Eintritt des Erfolges abhänge. Am nächsten stehen ihm Glaser, v. Wächter und Hälschner.[2]) Glaser, der das kausale Moment in dem der Unterlassung vorhergegangenen Tun sieht, erfordert, daß positive Akte, welche die hinzukommende Unterlassung wirksam machen, vorhanden seien, wenn das Verschweigen der Wahrheit für sich allein zur Herstellung des Tatbestands des Betrugs ausreichen solle.

[1]) vgl. hierüber Heilbronner a. a. O. S. 23.

[2]) Merkel, Abh. 1 S. 79 u. 2 S. 121, 138; ebenso HH. 3 S. 752; Glaser, Abh. aus dem österreichischen Strafr. I 1858 S. 478; v. Wächter S. 453 u. 197; Hälschner S. 259.

Ebenfalls Hälschner sieht das Unterlassen nur dann als kausal an, wenn es sich mit einem vorangegangenen Tun verbinde, und hält demgemäß ein bloßes Verschweigen als rein passives Verhalten für zur Begehung des Betrugs ungeeignet. Allein ein Schweigen, das „nur Moment eines aktiven täuschenden Benehmens" sei, könne als Verursachung des Irrtums erscheinen.

v. Wächter verlangt in gleicher Weise ein „positives Benehmen" und nennt ein mit solchem verbundenes Schweigen „qualifiziertes Schweigen", obwohl er eine Unterlassung im allgemeinen nicht nur nach vorangegangener Tätigkeit, die den Keim zum Erfolg lege, sondern auch bei übernommener oder vom Gesetz auferlegter Verpflichtung zum Handeln als kausal bezeichnet.

Das „qualifizierte Schweigen" glaubt indessen auch v. Schwarze[1]) nur berücksichtigen zu dürfen. Dabei zieht er aber, im Gegensatz zu den bisher Genannten, eine Pflicht zur Mitteilung, und zwar „eine (nach allgemeiner Rechtsanschauung) durch die Rücksichten auf Redlichkeit im Verkehr" gebotene Pflicht insoweit in Betracht, als sich aus ihr erkennen lasse, ob der Eintritt in bestimmte Rechtsverhältnisse an sich schon bestimmte Erklärungen, wie auch Merkel annimmt, enthalte.

Grundsätzlich ebenfalls die Regeln über Kommissivdelikte durch Unterlassung wollen Olshausen, Meyer, Frank und Binding[2]) angewendet haben. Allein hier spielt schon das Erfordernis einer Pflicht zur Mitteilung, und zwar einer Rechtspflicht, eine größere Rolle.

Olshausen, der Begehung eines Delikts durch Unterlassung dann für möglich hält, wenn eine entweder durch positive Gesetzesvorschrift oder durch vorangegangene Handlung des Täters begründete Rechtspflicht bestehe, will diese Regel auch auf das Schweigen als Unterdrückung wahrer Tatsachen angewendet haben.

Die Verletzung einer entweder unmittelbar auf gesetzlicher Anordnung beruhenden oder aus dem vorangegangenen Tun sich ergebenden rechtlichen Pflicht ist es auch, die nach Meyer für den Erfolg verantwortlich macht. In ähnlicher Weise erfordert Frank die Verletzung einer Rechtspflicht. Nach Binding muß die Rechtspflicht vorhanden sein, dieselbe reiche aber nicht aus.

---

[1]) v. Schwarze § 263 N. 22 u. 25.

[2]) Olshausen Teil 1 Abschn. 3 N. 3 und § 263 N. 13; Meyer S. 163 ff. u. 478; Frank § 263 II, 3; Binding S. 348.

v. Liszt[1]), der die Kausalität der Unterlassung verneint und die letztere „analog" dem kausalen Tun betrachtet haben will, verlangt ebenfalls die Verletzung einer Rechtspflicht. Nach ihm kann die „Rechtspflicht zum Reden" auch durch Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr gefordert sein oder aus dem vorangegangenen Verhalten folgen, „welches Untätigkeit als pflichtwidrig erscheinen läßt".

Auf das Erfordernis der Rechtspflicht kommt es schließlich auch Haager[2]) an, da er einerseits „kein allgemeines Recht auf Wahrheit und keine allgemeine Pflicht zur Wahrheit" anerkennt, andererseits ihm auch das „aktive Benehmen", das etwas an und für sich Erlaubtes sein könne, nicht genügt, um einen Betrug durch die Unterdrückung der Wahrheit bekunden zu können. Entscheidend sei die Verletzung einer Pflicht, und zwar einer Rechtspflicht. Wann aber eine Rechtspflicht, die Wahrheit zu sagen, vorhanden sei, das habe kein Strafgesetz bestimmt, sondern sei nach den Grundsätzen des Zivilrechts zu beurteilen; und zwar sei, wo nach den Grundsätzen des letzteren eine Nichtigkeits- oder Entschädigungsklage begründet sei, auch jene Verletzung vorhanden.

Die Verletzung einer Pflicht im allgemeinen läßt sowohl für die Begehung eines Delikts durch Unterlassung, wie für die Begehung des Betrugs durch Schweigen insbesondere, entscheidend sein Oppenhoff und, wenigstens für den Betrug, Rommel.[3])

Oppenhoff führt aus, man dürfe zwar nicht von einem allgemeinen Recht auf Wahrheit sprechen, vielmehr werde eine besondere anderweitig begründete Pflicht, die Wahrheit zu sagen, vorausgesetzt; diese Pflicht brauche nicht notwendig eine rechtlich zwingende zu sein, es genüge, wenn sie (nach der allgemeinen Rechtsanschauung) durch die Rücksichten der Redlichkeit im Verkehr oder der Moral geboten gewesen sei. Ebenso erklärt Rommel, die Pflicht brauche nicht nur allein eine rechtliche zu sein, sondern könne recht wohl durch die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr oder von der Moral geboten sein.

Sowohl Rommel wie Oppenhoff betonen sodann, daß, wenn zu dem Verschweigen ein aktives, auf Täuschung angelegtes

---

[1]) v. Liszt S. 472 u. 134.

[2]) Haager, GS. 27 S. 588.

[3]) Oppenhof § 263 N. 52 und § 1 N. 8; Rommel S. 43.

Verhalten hinzutrete, positive Veranstaltungen getroffen worden seien, nach der Verletzung einer Pflicht nicht gefragt zu werden brauche.

Ähnlich verlangt Meves zwar ein positives Verhalten, wo aber das Schweigen mit Verletzung einer Pflicht zum Reden verbunden sei, sagt er, könne es allein schon den Tatbestand des Unterdrückens darstellen. Das positive Handeln liege dann in dem Zuwiderhandeln gegen die Pflicht; diese könne sowohl eine gesetzliche, durch Amt und Stellung gebotene, wie eine moralische sein.

Schließlich sei hier noch der Ansicht Heilbronners[1]) Erwähnung getan, der ausführt, daß sowohl der Ausdruck „Unterdrückung wahrer Tatsachen" ein positives Tun des Täters erforderlich erscheinen lasse, als auch die geschichtliche Betrachtung, wie dieser Ausdruck in das Gesetz gekommen sei.

Es würde über den Rahmen und die Aufgabe dieser Abhandlung hinausgehen, eine eingehende Prüfung und Kritik aller in der einen oder anderen dieser Richtungen geltend gemachten Ansichten aufzustellen. Insbesondere die widerspruchsreiche Frage der Kausalität der Unterlassung, ob die Unterlassung an sich kausal ist oder nicht,[2]) ob die Kausalität in dem Andershandeln,[3]) dem vorhergehenden Tun,[4]) in der Regelwidrigkeit der Unterlassung.[5]) oder im Vernichten einer abhaltenden Bedingung[6]) liegt, ob objektive und subjektive Momente mit gleichem Recht als Faktoren im Kausalzusammenhang gelten können, alles das kann hier nicht Gegenstand eingehenderer Erörterung sein. Ebensowenig kann auf die verschiedenartigen Versuche, den Begriff der Rechtspflicht zu bestimmen, näher eingegangen werden.

Dennoch muß aber versucht werden, zu diesen Fragen hier Stellung zu nehmen.

Für den Fall des Betrugs muß nun allerdings davon ausgegangen werden, daß der in dem Getäuschten erregte oder unterhaltene Irrtum Folge der Unterdrückung von Tatsachen sein muß.

---

[1]) Heilbronner S. 28 ff.

[2]) Für die Kausalität der Unterlassung die ältere Doktrin, insbesondere Feuerbach und Stübel, sowie neuerdings im Anschluß an Sigwart und Windelband v. Rohland.

[3]) Luden.

[4]) Krug, Glaser, Merkel.

[5]) v. Bar.

[6]) v. Buri, Binding, Hälschner; im einzelnen s. v. Rohland, Die strafbare Unterlassung 1887, dem wir auch diese Einteilung entnehmen.

Es muß daher auch das Verschweigen, soll dadurch das Delikt begangen werden, mit dem Erfolg in Verbindung stehen. Diese Verbindung, die eine Verantwortlichkeit des Schweigenden begründet, ist aber beim Betrug nur dann gegeben, wenn der Schweigende den Erfolg voraussah, da es nur eine vorsätzliche Begehung des Betrugs gibt. Denkt man sich also eine beliebige Anzahl von Personen als nichthandelnd, deren dem auf Täuschung eines andern zielenden Verlauf der Dinge entgegengesetztes Handeln jenen zunächst im Irrtum des Getäuschten bestehenden Erfolg vereitelt haben würde, so würde deren Nichthandeln zwar Voraussetzung des Erfolgs sein, da dieser ja ohne ihr negatives Verhalten nicht eingetreten sein würde, und das Verhalten jedes einzelnen jener Leute könnte daher als conditio sine qua non im weiteren Sinne (ohne Rücksicht auf das Vorhandensein ursächlicher Kraft) gedacht werden. Völlig gleichgültig für unsere Betrachtung wäre aber dann das Verhalten derjenigen jener Personen, die den Erfolg nicht voraussahen, da sie auch nicht verantwortlich gemacht werden können. „In diesen Fällen ist eben jeder Gefahr allzu großer Ausdehnung der Verantwortlichkeit durch das Erfordernis der Schuld vollständig vorgebeugt. Denn wenn die Bedingungseigenschaft einer Handlung zu einem bestimmten Erfolge feststeht, so kann von Verantwortlichkeit für den ... Erfolg dennoch erst die Rede sein, wenn weiterhin festgestellt wird, daß der durch die Handlung herbeigeführte Erfolg auch wirklich ... verschuldet, d. h. von einem zurechnungsfähigen Täter vorausgesehen ist ...“[1])

Aber auch diese Ausscheidung von Fällen des Nichthandelns genügt noch nicht, da auch von denen, die den Erfolg voraussahen, wegen ihres Nichthandelns nur die Wenigen verantwortlich gemacht werden können, die zum Handeln verpflichtet waren. Denn nach allgemeinem Rechtsgrundsatze besteht eine Pflicht zum Handeln nicht überall, wo als Folge des Nichthandelns eine Rechtsverletzung eintreten würde, sondern nur da, wo entweder das Gesetz selbst ein Handeln vorschreibt oder wo aus dem vorangegangenen Tun des Unterlassenden selbst eine Pflicht zur Vornahme einer Handlung folgt. Letzteres ist aber dann der Fall, wenn jemand, wenn „auch ohne rechtswidrige Absicht handelnd, durch sein Tun die mögliche Ursache zu einem rechtswidrigen Erfolg setzte, also zu komplemen-

---

[1]) Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht 1904 S. 74.

tärer Tätigkeit verpflichtet war",[1]) sowie ferner, wenn vertragsmäßig eine Pflicht, zwecks Abwendung schädlicher Erfolge der in Frage stehenden Art im Bedarfsfall handelnd einzugreifen, übernommen war. Jene Verpflichtung zu komplementärer Tätigkeit infolge des Setzens einer möglichen Ursache dürfen wir unter Anschluß an die von Träger aufgestellte Theorie des „generell begünstigenden Umstands" näher als dann vorliegend bezeichnen, wenn das in Frage stehende Tun des Unterlassenden „generell begünstigender Umstand eines Erfolgs von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn es die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht".[2])

Sehen wir nun von der zuletzt gegebenen Erörterung über das Erfordernis komplementärer Tätigkeit, wobei Gedanken aus den Theorien der adäquaten Verursachung verwertet wurden, ab, so können im übrigen wohl die vorstehenden, die Schuldfrage in den Vordergrund stellenden Ausführungen vom Standpunkt jeder Kausalitätstheorie verwendet werden. Denn vorausgesetzt zu werden brauchte nur, daß überhaupt ein Nichthandeln stattfand, während die Frage, ob dieses an sich kausal war oder nicht, oder ob das vor-

---

[1]) v. Rohland, Die Kausallehre des Strafrechts 1903 S. 572.

[2]) Träger a. a. O. S. 159. Tr. fährt dort zur Erklärung des schon auszugsweise Gesagten fort: „Um das erforderliche Möglichkeitsurteil zu bilden, ist das gesamte Erfahrungswissen zugrunde zu legen und es sind vorauszusetzen alle zur Zeit der Begehung der Handlung (oder zur Zeit des Eintritts des sonstigen Ereignisses) vorhandenen Bedingungen, die zu diesem Zeitpunkte dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren, ferner die dem Täter selbst außerdem noch bekannten". Eine weitere Ausführung und Erläuterung der Theorie Trägers kann hier leider nicht stattfinden und es muß daher auf das angeführte Werk verwiesen werden. Um aber zu erläutern, wie die im Text vertretene Auffassung des Begriffs der komplementären Tätigkeit zu verstehen sei, soll hier folgendes Beispiel angeführt werden: A hat in seinem Garten einen Springbrunnen mit tiefem Bassin anlegen lassen. Am nächsten Tage kommt er hinzu und sieht, wie des Nachbars Hund, der durch eine Lücke im Zaun in den Garten gelangt war, in den Brunnen gefallen ist und sich vergeblich bemüht, an den glatten Wänden des Brunnenrandes emporzuklimmen. A läßt den Hund, vielleicht aus böser Absicht, ersaufen. Daß A hierfür haftbar wäre, möchten wir verneinen, da sein vorheriges Tun, das Anlegen des Springbrunnens, nach dem Gesagten solche komplementäre Tätigkeit, wie das Herausholen des Hundes, nicht erforderte, denn das besprochene Möglichkeitsurteil konnte im vorliegenden Fall nicht in bejahendem Sinne gefunden werden. Anders könnte der Fall natürlich liegen, wenn etwa das Kind von A's Gärtner, das im Garten zu spielen pflegte, in den Brunnen gefallen wäre und A das Kind nicht herauszog, denn hier könnte wohl aus den konkreten Umständen entnommen werden, daß A die „mögliche Ursache zum rechtswidrigen Erfolg" setzte.

angegangene Tun oder andere Momente als kausal anzusehen, von vornherein gar nicht zu berücksichtigen war. Nur soweit das Vorhandensein einer Pflicht zu handeln in Frage stände, wäre das vorangegangene Tun, die vorliegenden Umstände, aber nicht unbedingt als kausales Moment, nötigenfalls in Betracht zu ziehen.

So könnten wir nun schon jetzt zur Anwendung des Ergebnisses auf praktische Fälle übergehen. Dennoch soll aber dargetan werden, wie wir auch auf kürzerem Wege, und zwar indem wir im Anschluß an v. Rohlands Kausallehre die Unterlassung selbst als kausal ansehen, zu einer Beantwortung der Frage nach Begehung des Betrugs durch Verschweigen kommen.

v. Rohland stellt der „logischen Kausallehre", nach der alle Bedingungen des Erfolgs als notwendig und gleichwertig anzusehen seien, so daß die letzte Bedingung den Ausschlag als Ursache gebe, und die auch nur zu einem Urteil über die Gesetzmäßigkeit des Geschehens führe, die „praktische Kausallehre" gegenüber, vermittels deren an die sonst gleichwertigen Bedingungen des Erfolgs ein kausales Werturteil, ein auf das erfahrungsgemäße Wirken und die Wirkungsfähigkeit der Bedingung sich gründendes Urteil (S. 4) gelegt werde. Dieses Urteil müsse aber in verschiedener Weise ausfallen, je nach dem Zwecke der Betrachtung. Wirkungsfähig, weil für den Zweck des Rechts allein interessierend, seien im Rechtssinn zunächst nur menschliche Handlungen (S. 16). Als wirkungsfähig im Sinne der praktischen Kausallehre könne aber ferner auch nur ein Verhalten angesehen werden, das außerhalb der Erwartung liege; denn das erwartete Ereignis bedeute für uns keine Veränderung des Verlaufs des Geschehens und interessiere daher nicht im gleichen Maße wie jenes (S. 27). Somit begrenze die praktische Kausallehre den Zusammenhang auf den erfahrungsgemäß zu erwartenden Verlauf (S. 52).

Da nun ja einmal jedes Lebens- und Wissensgebiet legitimiert sei, zu bestimmen, welcher Kausalität es im Hinblick auf den zu realisierenden Zweck kausale Kraft beilegen wolle, und unter den Bedingungen eines Ereignisses die für den Zweck in Betracht kommende zur Ursache zu erheben (S. 17), so auch die Kausalität des Möglichen neben der des Wirklichen, des Nichtgeschehens neben der des Geschehens geschaffen werde, ferner das unerwartete Ausbleiben eines Ereignisses, auf das gezählt wird, eine Veränderung repräsentiere und ein Stück Kausalität im Laufe der Dinge dar-

stelle (S. 28), so sei auch das von einem Menschen ausgehende Nichtgeschehen, die Unterlassung, wenn sie den zu erwartenden Verlauf der Dinge ändere, kausal und Ursache des Erfolgs (S. 30).

Alle Zweckkausalität sei nun aber normative Kausalität, d. h. die Norm bestimme die Regel des Geschehens und bilde den Maßstab der Wertschätzung (S. 34), so daß die juristische Kausalität nur in Verbindung mit der Schuldfrage bejaht werden könne (S. 40).

Das Ergebnis ist nach v. Rohland danach folgendes:

„Ursache des eingetretenen Erfolges ist die Unterlassung als solche, d. h. die unterlassene Hinderungshandlung, das pflichtwidrige Nichtsetzen der Gegenursache gegen den Erfolg. Die Kausalität der Unterlassung besteht darin, daß vom Standpunkt der rechtlichen Erwartung aus betrachtet der Verlauf der Dinge durch sie ein anderer geworden ist, als er sonst geworden wäre ...“.

Und ferner:

„Nur innerhalb des Rahmens der Erwartung vermag die Unterlassung eine Veränderung darzustellen, nur soweit also ein Tun erwartet wurde, ist die Unterlassung kausal.[1]) Maßgebend ist dabei, was vom Standpunkte des Rechts auf Grund einer vorhandenen Rechtspflicht erwartet werden kann, deshalb ist z. B., da das Recht im Gegensatz zur Moral keine allgemeine Pflicht zur Hilfeleistung kennt, die unterlassene Hilfeleistung nur dann im Rechtssinn als Ursache für den Tod des Ertrunkenen dem Untätigbleibenden zuzurechnen, wenn eine besondere Rechtspflicht für ihn bestand“ (S. 59).

Die Rechtspflicht zum Handeln nimmt v. Rohland außer bei der oben erwähnten Notwendigkeit komplementärer Tätigkeit bei gesetzlich oder vertragsmäßig obliegender Fürsorge für andere als bestehend an (S. 57).

Nehmen wir auch nun hiernach eine Verantwortlichkeit für eine Unterlassung bei Verletzung einer Rechtspflicht an, so ist wohl zweckmäßig, nunmehr auch die im vorhergehenden schon öfters berührte Frage, inwieweit eine moralische Pflicht zum Handeln zu berücksichtigen sei, zu prüfen. Wie oben schon erwähnt wurde, hält die herrschende Meinung, im Gegensatz allerdings zu einer früher

---

[1]) vgl. auch Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 1879 S. 333: „Man fragt nach der Ursache des Nichteintretens einer Tatsache nur da, wo das Eintreten der Tatsache erwartet wurde, das Nichteintreten also anormal erscheint“.

anscheinend häufiger vertretenen Rechtsprechung[1]) das Vorliegen einer moralischen Pflicht nicht für ausreichend, um wegen des Schweigens verantwortlich zu machen, und auch das Reichsgericht hat, was schon hier erwähnt werden möge, ehe wir die praktische Verwendbarkeit des Ergebnisses unter Betrachtung einzelner Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes prüfen, ausdrücklich ausgesprochen, daß eine moralische Pflicht nicht genüge, um das bloße absichtliche Schweigen über eine Tatsache als ein Unterdrücken derselben im Sinne des § 263 StGB. zu beurteilen.[2])

Und mit Recht. Denn der Satz non omne quod licet honestum est (Paulus 144 pr. Dig. 50, 17)[3]) gilt für das gesamte Gebiet des Rechts auch noch heute. Recht und Moral unterscheiden sich zwar nicht durch den Inhalt ihrer Gebote,[4]) aber nur in gewisser Beziehung wird moralisches Verhalten auch rechtlich zur Pflicht gemacht. Ist doch der von der Moral erstrebte Zustand in viel höherem Grade ein idealer, als der vom Recht zu erstrebende, umsomehr als die Moral im Grunde altruistischer, das Recht aber durchaus egoistischer Tendenz ist. Und daher ist auch der anfangs erwähnte Satz richtig, daß nämlich die Anforderungen der Moral höhere sind und sein müssen als diejenigen des Rechts. Doch gibt es eine „Moralschranke, die das Recht sich selbst setzt“, wie dies im römischen Recht insbesondere durch Verwendung des Begriffs der bona fides, im heute geltenden Recht aber insbesondere geschehen ist, indem in §§ 138 und 826 BGB. die Verstöße gegen die guten Sitten mißbilligt werden und in §§ 157 und 242 BGB. sowie § 346 HGB. das Handeln den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, unterstellt wird. Es fragt sich für uns aber, inwieweit durch diese Bestimmungen Rechtspflichten, und zwar Rechtspflichten zum Handeln geschaffen werden.

Offenbar folgt aus den §§ 157 und 242 BGB. die Rechtspflicht desjenigen, der vertragliche Verpflichtungen übernimmt, diese so auszulegen und so zu erfüllen, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entspricht. § 242 BGB. stellt es nur

---

[1]) vgl. Rommel S. 38; Olshausen § 263 N. 13 a. E.

[2]) R. 1, 36 (auch in G. A. 28, 37) Urt. I v. 4. 11. 1879 und ebenso E. 2,430 (R. 2, 485) Urt. II v. 9. 11. 1880.

[3]) Lotmar, Der unmoralische Vertrag 1896 S. 4.

[4]) Ders. S. 1.

nochmals ausdrücklich als Verpflichtung des Schuldners auf, was § 157 BGB. bereits über die Auslegung des Inhalts der abgegebenen Willenserklärung sagt.[1] Daß es sich hier um Rechtspflichten zum Tun handelt, ist nicht zu bezweifeln. Beide Paragraphen setzen aber voraus, daß Handlungen, bestehend in der Abgabe von Willenserklärungen, schon stattgefunden haben, und bestimmen nur die Regel, nach der sich das weitere Verhalten des durch jene Verpflichteten zu bestimmen habe. Es geht aus ihnen nicht hervor, daß die Unterstellung des Verkehrs unter den Grundsatz von Treu und Glauben auch bedeute, daß jeder auch an sich zum Handeln verpflichtet sein solle, wenn die Unterlassung der Verkehrssitte nicht entsprechen würde.

Ähnlich sind die Folgerungen, die sich aus den §§ 138 und 826 BGB. ergeben. § 138 erklärt das unsittliche Rechtsgeschäft für nichtig, und § 826 spricht als aus unsittlichem Handeln sich ergebende Rechtsfolge die Verpflichtung zum Schadensersatz aus.

Damit ist das Handeln gegen die guten Sitten verboten. Es scheint uns aber in den Bestimmungen nicht das allgemeine Gebot zu liegen, sich stets so zu verhalten, wie es den guten Sitten entspricht, also nicht eine unbedingte Rechtspflicht zu den guten Sitten entsprechendem Tun gegeben zu sein, so daß eine den guten Sitten zuwiderlaufende Unterlassung nicht, wie v. Liszt und Stammler meinen, an sich rechtswidrig sein würde.[2] U. E. ist daher, um § 826 BGB. anwenden zu können, im Einzelfall nicht sogleich danach zu fragen, ob die Unterlassung unsittlich und daher rechtswidrig war, sondern zunächst ist festzustellen, ob überhaupt eine Rechtspflicht zum Handeln bestand — die sich nicht daraus ergibt, daß im Einzelfalle das Unterlassen unsittlich war —, danach erst ist zu prüfen, ob der Unterlassende gegen die guten Sitten verstieß; denn nur der gegen die Rechtspflicht zum Tun verstoßende Unterlassende kann für den Erfolg verantwortlich gemacht werden, wozu im Falle des § 826 BGB. außerdem die weitere Voraussetzung kommen muß, daß das so geartete Unterlassen, das den Schaden verursachte, unsittlich war. Allerdings widerspricht diese Meinung der herrschenden Lehre, die den § 826 BGB. ohne weiteres auch auf Unterlassungen anwenden will.

---

[1] Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. 1906 S. 108.

[2] v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898 S. 72 ff.; Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht 1902 S. 490.

Aber wollte man die Unterlassung gegen die guten Sitten als rechtswidrig hinstellen, zu welchen Folgerungen würde man für das Strafrecht kommen! Stammler und v. Liszt deuten sie an, v. Liszt zieht sie aber selbst in seinem Lehrbuch des Strafrechts nicht.[1]) Warum sollte man auch, während man sonst doch nur die einer Rechtspflicht zum Tun widerstoßende Unterlassung als geeignet betrachtete, eine Verantwortlichkeit für den Erfolg zu begründen, hier plötzlich diese Wirkung der bloßen Unterlassung beilegen, nicht weil das Gesetz eine Pflicht zum Tun normiert, sondern weil es die gegen die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung verbietet. Man nimmt nur die Antwort auf die Frage aus dieser selbst, wenn man sagt, der tatsächliche Erfolg des § 826 BGB., die den guten Sitten zuwiderlaufende Schadenszufügung, sei dann durch Unterlassung bewirkt, wenn der Unterlassende gegen die guten Sitten verstoße.

Somit können wir verneinen, daß, wie v. Liszt sagt, der § 826 die durch die guten Sitten gebotene Pflicht allgemein zur Rechtspflicht erhebe und damit auch das Gebiet der rechtswidrigen Unterlassung in einem gar nicht zu übersehenden Umfang erweitere.[2]) Nur in beschränktem Maße, nämlich dann, wenn überhaupt ein Handeln geboten ist oder ein solches bereits stattfindet, gilt das den guten Sitten entsprechende Verhalten als Rechtspflicht; dann muß die Art und Weise des Handelns sich unter die guten Sitten fügen. Wo aber ein Tun nicht erwartet wird, da ist auch ein solches Verhalten nicht Pflicht.

So zeigt es sich, daß ebensowenig wie eine allgemeine Pflicht, sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verhalten, besteht, es eine solche allgemeine Pflicht die guten Sitten zu wahren gibt.

Aber die Eingehung jedes Vertrags oder unter Umständen auch nur die einseitige Erklärung in Hinsicht auf den Vertragsabschluß legt dem Erklärenden außer den der jeweiligen Vertragsart eigentümlichen, im Gesetz normierten Pflichten auch die allgemeine, ein naturale jedes Rechtsgeschäft betreffende Pflicht, nichts gegen die guten Sitten Verstoßendes zu tun, vielmehr sich so zu verhalten, wie der andere nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte er-

---

[1]) v. Liszt S. 133, 478.

[2]) v. Liszt a. a. O. S. 72.

warten kann. Wer also, wo der andere auf Grund des zwischen den Beteiligten bestehenden Verhältnisses ein bestimmtes Verhalten erwarten kann, gegen die guten Sitten verstößt, verletzt gleichzeitig eine moralische Pflicht und die Rechtspflicht, so daß insofern auch ein gewisses unmoralisches Verhalten als Mittel zur Begehung des Betrugs geeignet sein kann.[1])

Jetzt müssen wir aber wieder auf den Ausgangspunkt zurückkommen, daß nicht alle Anforderungen der Moral im höchsten Sinne erfüllt zu werden brauchen, sondern nur das geschehen muß, was den guten Sitten entspricht, wobei zu beachten ist, daß die Anforderungen der Sitten und der höchsten Sittlichkeit noch verschieden sein können. Bei der Wahrung der guten Sitten werden dem Privategoismus zugunsten des „Egoismus der Gesellschaft“[2]) Grenzen gesetzt, und „unsittlich im Rechtssinne ist das, was mit der gesellschaftlichen Wohlfahrt unverträglich erscheint“.[3]) Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Moral und Sitte ist hier die im Staate allgemein geltende gesellschaftliche Überzeugung darüber, wie weit sich der Egoismus des einzelnen gegen die Interessen der Allgemeinheit betätigen dürfe, nach Planck[4]) „das jeweilige Volksbewußtsein“, nach Dernburg[5]) „die Vereinbarkeit der rechtlichen Anerkennung der betreffenden Geschäfte mit einem gesunden, in diesem Sinne guten sozialen Zustand“. Sowohl dem Zivilrichter wie auch dem Strafrichter bei der Entscheidung der hier zur Verhandlung stehenden Betrugsfälle ist also ein weites Feld der Rechtsfindung eröffnet. Dabei gibt ihm allerdings der § 157 BGB. eine Weisung, soweit es sich um die Auslegung der Verträge und der Beurteilung insbesondere darüber handelt, welche Behauptungen von Tatsachen in den auf jene bezüglichen Willenserklärungen enthalten seien, mithin auch darüber, inwieweit über zur Zeit des Vertragsabschlusses vorliegende Umstände im Interesse der Gegenpartei eine Aufklärung stattzufinden habe, indem nämlich Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu berücksichtigen sind. Für den Schuldner ist die Verpflichtung, nach Treu und Glauben zu handeln, noch besonders im § 242 BGB. ausgesprochen.

---

[1]) Stammler a. a. O. S. 393 sagt allerdings sogar, einen unmoralischen Vertrag könne es bei klarer Unterscheidung von Recht und Moral nicht geben.

[2]) Steinbach in der DJZ. 1898 S. 46: Die guten Sitten im Recht.

[3]) Fuld in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1898 S. 171.

[4]) Planck, Komm. z. BGB. 3. Aufl. 1903 zu § 138 N. 1.

[5]) Dernburg, Das bürgerl. R. 3. Aufl. 1906 Allg. Teil S. 491.

Hiernach wäre also der bei Lotmar[1]) aus Ciceros de officiis III, 12 angeführte Fall nach heutigem Recht zu entscheiden, ob jener Mann, der eine große Partie Getreide zum Verkauf von Alexandria nach Rhodos führte, wo Mangel und große Teurung herrschten, unter Verschweigung, daß noch andere Kaufleute mit Kornladungen auf der Fahrt nach Rhodos waren, sich von den Rhodiern hohe Preise bezahlen lassen durfte. Vom Standpunkt einer ethischen Morallehre müßte wohl die Frage verneint werden, vom Standpunkt des Rechts dürfte aber nichts dagegen einzuwenden sein, daß jener die Konjunktur für sich ausnutzte. Num ista societas (sc. eine inter homines natura coniuncta societas) talis est, ut nihil suum cuiusque sit? Doch wird man im Einzelfall auch der Ausnutzung der Konjunktur Schranken setzen dürfen, da auch diese unter Umständen gegen die guten Sitten, gegen die Verkehrssitte verstoßen kann, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die unter § 138 Abs. 3 BGB. fallende Ausbeutung zwecks Erlangung ganz unangemessener, von der Verkehrssitte nicht als erstrebbar anerkannter Vermögensvorteile stattfand.[2])

Nach der so erfolgten theoretischen Feststellung der bei der Frage des Betrugs durch Verschweigen zu beachtenden Regeln kann zur Besprechung praktischer Fälle, und zwar zunächst solcher, die dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegen haben, übergegangen werden. Eine Besprechung der Ansicht des Reichsgerichts und Kritik der Art und Weise der Anwendung jener in den Einzelfällen ist damit naturgemäß verbunden.

Eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 10. 6. 1895 (G. A. 43 S. 252) enthält den Satz: „Durch ein bloßes Verschweigen wird das Tatbestandsmerkmal der ‚Unterdrückung wahrer Tatsachen‘ nicht erfüllt; hinzukommen muß entweder eine Rechtspflicht zur Mitteilung der fraglichen Tatsache oder ein aktives, auf Täuschung angelegtes Verhalten des Angeklagten.“ Ebenso wurde erkannt u. a. in R. 9, 742; E. 25, 195; 27, 1; 29, 36; 31, 208 (Urt. IV v. 20. 12. 1887; v. 26. 1. 1894; v. 5. 2. 1895; I v. 2. 7. 1896; IV v. 21. 6. 1898).

In R. 1, 36 (Urt. I v. 4. 11. 1879), ebenso in E. 2, 430 (Urt. II

---

[1]) Lotmar a. a. O. S. 49.

[2]) vgl. auch Groß S. 226, „wenn der ganze Vorgang so gestaltet war, daß aus dem Totaleffekt arglistige Täuschung und eine sehr wesentliche Vermögensbeschädigung des Käufers entstanden ist“.

v. 9. 11. 1880) wurde, wie schon oben S. 33 mitgeteilt ist, das Vorliegen einer bloß moralischen Pflicht für nicht ausreichend erkärt.

Die Betrachtung der Enscheidungen zeigt nun zunächst, daß in einer ganzen Anzahl von Fällen ebensogut der positive Begriff der Vorspiegelung falscher Tatsachen wie der negative der Unterdrückung wahrer Tatsachen hätte verwendet werden können. So enthält z. B. das nochmalige Geltendmachen einer bereits getilgten Forderung oder gar die Stellung eines Zwangsvollstreckungsantrags positiv die Behauptung, daß die Forderung noch bestehe.[1]) Die Einforderung zedierter Mietforderungen durch den Vermieter, der den Mietern die Zession verschweigt, enthält ebenfalls die Vorspiegelung, daß der Vermieter noch zur Einziehung berechtigt sei.[2]) Ferner enthält die Vorlage eines bereits gezahlten Wechsels zwecks Täuschung des Prozeßrichters positiv die falsche Vorspiegelung, daß der Wechsel noch auf die darauf angegebene Summe gültig sei[3]) und die wissentliche Zuvielforderung im Konkurs enthält ebenfalls die Vorspiegelung des Bestehens der Forderung.[4])

Das Reichsgericht nimmt in diesen Fällen zumeist eine Vorspiegelung falscher Tatsachen **und** Unterdrückung wahrer Tatsachen, oder erstere **in Verbindung** mit letzterer an und gelangt daher auch wohl stets mit Recht zu einer Verurteilung.[5]) Hier handelte es sich stets um das positive Behaupten von Forderungen. Schwankender wird die Rechtsprechung aber alsbald dort, wo es auf die Verpflichtung zur Offenbarung von Mängeln oder des Nichtvorhandenseins bestimmter Eigenschaften des Vertragsgegenstands ankommt. Da zeigt es sich, daß das Reichsgericht mitunter in der Annahme aktiven Verhaltens zu weit geht, oder aber die Rechtspflicht da verneint, wo richtiger solche zu finden wäre.

In einem Falle (E. 20, 144 Urt. II v. 28. 11. 1889) handelt es sich um den Tausch eines mit Schwamm behafteten Hauses, wobei der Vertauscher diesen Mangel verschwieg, obwohl er einige Zeit vor

---

[1]) E. 1, 314 (Urt. I v. 15. 3. 1880) und R. 1, 808 (Urt. III v. 22. 5. 1880); vgl. **Olshausen** § 263 N. 14 I.

[2]) R. 3, 477 (Urt. II v. 12. 7. 1881); E. 19, 161 (Urt. III v. 18. 3. 1889); vgl. **Olshausen** w. o.

[3]) R. 9, 442 (Urt. II v. 20. 9. 1887).

[4]) E. 26, 28 (Urt. I v. 2. 7. 1894), allerdings nur gegenüber dem Konkursverwalter, s. unten S. 85 und **Olshausen** § 263 N. 40a.

[5]) Die Reihe der Beispiele ließe sich noch vermehren; s. auch **Rommel** S. 44.

dem Tausch, aber nicht in nachweislicher Absicht, einen zukünftigen Erwerber zu täuschen, die schadhaften Stellen hatte überstreichen lassen. Das Reichsgericht nahm hier an, der Veräußerer habe in aktiver Weise den Irrtum des Erwerbers über das Nichtvorhandensein der Mängel verursacht. Es genüge, „daß er beim Abschluß des Tauschgeschäfts sich dessen bewußt gewesen, daß die von ihm veranlaßten Manipulationen dem Erwerber das Erkennen der Schwammschäden bei der Besichtigung des Grundstücks unmöglich und ihn an das Nichtvorhandensein solcher Mängel glauben machten".

Entsprechend urteilte das Reichsgericht in Urt. IV v. 20. 6. 1893, G. A. 41, 143, wo Betrug nur deshalb verneint wurde, weil sich nicht feststellen ließ, ob der Angeklagte die Spuren der Schwammbildung selbst verdeckt oder auch nur hiervon Kenntnis gehabt hatte.

Diese Begründung der reichsgerichtlichen Urteile ist jedenfalls nicht einwandfrei. Das ohne bösliche Absicht vorgenommene, nicht einmal von der Erwartung eines rechtswidrigen Erfolgs getragene Verstreichen schadhafter Stellen soll nachträglich die Eigenschaft einer aktiven Irrtumserregung, einer Vorspiegelung enthalten! Es würde das ja eine Rückbeziehung der Schuld auf das frühere Tun des Angeklagten bedeuten, außerdem würde sogar das unbeachtet bleiben, die Bestimmung des § 263, daß die Täuschungshandlung mit der Täuschungsabsicht verbunden sein muß.[1])

Offenbar haben hier aber positive Handlungen beim Vertragsabschluß gar nicht stattgefunden, man müßte denn schon in dem Verkauf oder Tausch des, obwohl mit Schwamm behafteten, Hauses die konkludente Erklärung finden, das Haus sei tadellos und fehlerfrei. Wann man im Einzelfall aus dem bloßen Vertragsschluß eine derartige Erklärung ersehen muß, läßt sich nur nach den schon früher gegebenen Gesichtspunkten entscheiden. Stets die „Lüge des Objekts" auch zur Lüge des Vertragsschließenden zu machen, würde danach wohl zu weitgehend sein. Auch die Möglichkeit einer Gewährleistungspflicht kann nicht unbedingt entscheiden (so richtig R. 2, 484 Urt. II v. 9. 11. 1880; s. Rommel S. 39). Es hängt vielmehr ganz von den Umständen des Einzelfalls ab, und deren Betrachtung unter Berücksichtigung der gewonnenen Regeln über die Unterstellung des Rechtsverkehrs unter „die guten Sitten" und damit auch unter „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" führt sowohl

---

[1]) Rommel S. 40.

zu der Entscheidung, welche Erklärungen im Einzelfall konkludenter Weise abgegeben worden seien, wie auch bezüglich welcher Tatsachen eine Rechtspflicht zur Mitteilung und infolgedessen beim Verschweigen solcher eine Unterdrückung von Tatsachen vorliege.

Die Verkehrssitte erfordert aber, trotz ihres Beruhens auf Treu und Glauben, nicht gleich der Moral Offenbarung aller Mängel. Wenn jemand ein altes Haus in einem ärmlichen Stadtteil zu einem mit Rücksicht auf diese Beschaffenheit schon erniedrigten Verkaufspreis veräußert, so wird auch die gute Verkehrssitte nicht erfordern, daß er den Erwerber noch obendrein darauf aufmerksam mache, daß das Haus Schwammbildungen aufweise und gerade allein durch diesen freiwilligen Hinweis auf den Mangel den Preis noch mehr herabdrücke. Anders dagegen wohl, wenn er ein noch ziemlich neues Haus, bei dem man solchen Mangel nicht erwartet, unter Verschweigen dessen veräußert. Hier dürfte wohl auch die Verkehrssitte diese Mitteilung zur Pflicht machen. So kommt es denn ganz auf die konkreten Umstände an, was allerdings nicht zu einer Vereinfachung der Lösung solcher Fragen führt, aber dem Einfluß entspricht, den die Unterstellung des Rechtslebens unter „die guten Sitten" für das Recht hat.

Geht man aber davon aus, eine Aufklärung überall dort zu verlangen, wo der Vertragsgegner sie erwarten konnte, so dürfte man im Gegensatz zum Reichsgericht dort regelmäßig zu einer Verurteilung kommen, wo bewußt vertragswidrig unter Verschweigung der vertragswidrigen Beschaffenheit der Ware geliefert wird.

So kann man der Ansicht des Reichsgerichts nicht beistimmen, wenn es in E. 14, 310 (Urt. III v. 5. 7. 1889) zu einer Freisprechung kommt. Hier hatte ein Bauunternehmer, obwohl er sich verpflichtet hatte, aus einem Teil Zement und drei Teilen Sand bestehenden Mörtel zu verwenden, minderwertigen, stärker mit Sand vermischten Mörtel benutzt. Das Reichsgericht gibt zu, daß eine solche Handlungsweise gegen Treu und Glauben im Verkehr verstoße, sich als Unredlichkeit charakterisiere und in der Sprache des gemeinen Lebens wohl als betrügerisch bezeichnet werde. Der Bauherr sei aber unbehindert geblieben, jederzeit die erforderliche sachverständige Prüfung des wirklich verwendeten Mörtels zu veranlassen; habe er dies versäumt, so sei seine eigene Nachlässigkeit daran schuld, daß er nicht rechtzeitig die Vertragswidrigkeit der Leistung erkannt habe.

Zu dieser Entscheidung hat sich das Reichsgericht selbst bald darauf

in Widerspruch gestellt, nämlich in R. 9, 16 (Urt. I v. 10. 1. 1887), wo der Fall behandelt wird, daß der Angeklagte anstatt zum Bau auf vier Fronten Ringofensteine erster Qualität zu verwenden, drei Fronten mit nur halben Ringofensteinen und eine Front mit Feldbrandsteinen fertigte und die Herbeiführung der auf diese Weise gemachten Ersparnis verschwieg. Das Reichsgericht „betont“ hier richtig, „daß die Vorspiegelung nicht bloß eine direkte, durch Aufstellung einer ausdrücklichen Behauptung, sondern auch eine indirekte, durch konkludente Handlungen erfolgte sein kann, und daß insbesondere die Vorspiegelung der Kontraktmäßigkeit einer Lieferung oder Leistung in einem Vertragsverhältnis, wenn die Lieferung oder Leistung vertragswidrig ist, aber das äußere Aussehen einer vertragsmäßigen hat, ohne Rechtsirrtum angenommen werden kann“. Es komme weiter nicht darauf an, ob in der vertragswidrigen Beschaffenheit die Unterdrückung einer wahren Tatsache gefunden werden könne.

U. E. kann man unter Anwendung der erörterten Grundsätze auch Unterdrückung wahrer Tatsachen annehmen, ebenso wie man in den schon angeführten Entscheidungen (E. 24, 144 und E. 28, 189) sowie in einem weiteren Fall (E. 11, 246, Urt. IV v. 5. 4. 1892; auch in G. A. 40, 41) Betrug beim Verkauf einer kranken Kuh nicht unbedingt nur dann anzunehmen brauchte, wenn ausdrücklich die Gesundheit der Kuh zugesichert war. Wie im Zivilrecht das Fehlen zugesicherter Eigenschaften und das Vorhandensein von Mängeln analog behandelt werden, so dürfte es auch hier geschehen.

Bei folgerechter Durchführung seines Grundsatzes hätte das Reichsgericht auch nicht in E. 5, 137 (Urt. I v. 20. 10. 1881) in Lieferung von Kunstwein anstatt Naturwein oder in G. A. 45, 37 (Urt. I v. 21. 1. 1897) im Verkauf wertloser Arzneimittel Betrug finden können. Von dem im Text vertretenen Standpunkt ist aber diesen Urteilen des Reichsgerichts vollkommen zuzustimmen, besonders wenn das Reichsgericht in diesen beiden Entscheidungen erwähnt, daß den Käufern anstatt der erhofften und *erwarteten* Ware eine andere, minderwertige geliefert worden sei.

Als falsch, wenngleich es vom Standpunkt des Reichsgerichts folgerichtig sein mag, muß es aber wieder bezeichnet werden, wenn in E. 29, 36 (Urt. I v. 2. 7. 1896) bei dem Verabreichen von Tropfbier anstatt guten Bieres verneint wird, daß eine Pflicht zur Mitteilung bestanden habe und daher Unterdrückung wahrer Tatsachen und überhaupt Betrug in solchem Verhalten zu finden sei. In

dieser letzten Entscheidung führt das Reichsgericht überflüssigerweise weiter aus, daß auch aus § 10 Nr. 2 des Reichsgesetzes betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln v. 14. 5. 1879 eine Pflicht zur Offenbarung der Wahrheit nicht gefolgert werden könne. Der § 10 Nr. 2 bedroht den mit Strafe, der wissentlich Nahrungs- oder Genußmittel, welche verdorben oder nachgemacht oder verfälscht sind, unter Verschweigung dieses Umstandes verkauft. Das Reichsgericht sagt hier: „Wollte man nun das Verschweigen im Sinne des § 10 Nr. 2 zu einem Unterdrücken einer wahren Tatsache im Sinne des § 263 StGB. machen, so würden alle diese Fälle den harten Strafbestimmungen des § 263 und im Rückfalle dem § 264 unterliegen. Es würde also mit dem Erlasse des Gesetzes vom 14. 5. 1879 eine Verschärfung des geltenden Rechts eingetreten sein, die nicht unerwähnt geblieben sein würde, wenn sie gewollt wäre". Man darf wohl sagen, daß das Bestehen der Rechtspflicht sowohl aus § 2 des Nahrungsmittelgesetzes wie aus den allgemeinen Bestimmungen gefolgert werden kann, und daß aus diesem Grunde also eine Verschärfung der Strafbarkeit des Betrugs nicht eingetreten ist.[1])

Nicht zutreffenderweise hat das Reichsgericht u. E. auch in E. 37, 61 (Urt. IV v. 26. 1. 1904) das Bestehen einer Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheit verneint: Fr. war vor Ablauf der Mietzeit, für die er Miete bezahlt hatte, aus dem Hause des Angeklagten ausgezogen. Beide vereinbarten nun, im Falle der Wiedervermietung innerhalb jener Zeit solle dem Fr. der vom neuen Mieter gezahlte Mietzins „zugute kommen". Genaueres über die Vereinbarung hat das Gericht nicht festgestellt. Der Angeklagte hatte dann auch die Wohnung weitervermietet und vom neuen Mieter den Mietzins eingezogen, aber dem Fr. nichts davon mitgeteilt. Das Landgericht hat wegen Betrugsversuchs verurteilt, das Reichsgericht freigesprochen. Es führt aus: Im Verschweigen könne die Unterdrückung einer wahren Tatsache gefunden werden, wenn eine Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheit bestehe. Wesentlich verschieden sei hiervon aber der Fall, daß eine Rechtspflicht zur Abgabe einer Erklärung begründet sei und entgegen dieser Pflicht die Abgabe nur unterlassen und verweigert werde. Bestehe, wie dies bei einem Auftragsverhältnisse

---

[1]) Anders als im Text allerdings wieder das Reichsgericht im Urt. v. 11. 6. 1906 (in der Zeitschrift Das Recht 1906 S. 1152; vgl. 6. Spruchsammlung der DJZ. S. 33). Unrichtig u. E. auch K o h l e r S. 22/23, richtig jedoch die daselbst von ihm angeführten, als zu weitgehend bezeichneten Beispiele aus der Rechtsprechung.

hinsichtlich der Pflicht zur Rechnungslegung der Fall sei, eine solche Pflicht, so enthalte die Nichtabgabe der Erklärung wohl die Verletzung der entsprechenden Vertragspflicht, niemals aber könne hierin allein, und sofern nicht besondere Umstände hinzutreten, die Unterdrückung derjenigen Tatsachen gefunden werden, auf welche sich die Erklärung, wenn sie abgegeben worden wäre, wahrheitsgemäß zu erstrecken gehabt hätte. U. E. kann hier nicht verneint werden, daß auch eine Pflicht zur Aufklärung gegeben ist. Schwierig ist es allerdings in solchem Falle, festzustellen, wann diese zu erfüllen war, von welcher Zeit ab also das strafbare Handeln des Betrügers begann, und damit auch der Nachweis schwer zu erbringen, daß in betrügerischer Absicht gehandelt wurde. Aber wenn letzteres der Fall ist, so darf die Strafbarkeit jenes Unterlassens wohl dann nicht verneint werden, wenn der Täter eine solche Zeit verstreichen ließ, in der angemessenerweise die ihm obliegende Pflicht hätte erfüllt werden müssen.

Unsere Ansicht, daß die in dem eben besprochenen Urteil aufgestellte Unterscheidung zwischen der Pflicht zur Offenbarung der Wahrheit und der Pflicht zur Abgabe einer Erklärung wie auch zur Rechnungslegung nicht haltbar sei, findet übrigens eine Unterstützung durch ein früheres Urteil des Reichsgerichts selbst. In E. 27, 1 (Urt. IV v. 5. 2. 1895) nämlich behandelt das Reichsgericht den Fall, daß der Angeklagte, der mit der Führung eines Postomnibusses beauftragt gewesen war, nach Ausführung des Auftrags auf Befragen des Auftraggebers den Betrag des ihm zustehenden Lohnes nannte, nichts aber davon sagte, daß er das Passagiergeld eingenommen habe. Das Reichsgericht verneint hier, ob mit Recht, mag dahingestellt bleiben, daß der Angeklagte eine Pflicht zur Rechnungslegung gehabt habe, spricht aber ausdrücklich richtig aus, daß im Falle des Bestehens einer solchen Pflicht der Rechenschaftslegung die Annahme, daß in dem Schweigen die Unterdrückung einer wahren Tatsache im Sinne des § 263 StGB. zu erblicken sei, weil das Schweigen eine Rechtspflicht verletze, gerechtfertigt erscheint.

Besondere Schwierigkeiten scheint sodann folgender Fall in E. 23, 244 (Urt. III v. 10. 10. 1892) zu machen: In der Trunkenheit hatte F. dem Angeklagten 100 Mk. geliehen, aber den Darlehnsempfänger sodann vergessen. Als F. daher am nächsten Tage auch den Angeklagten fragte, ob er ihm 100 Mk. geliehen habe, bestritt dieser den Empfang. Das Reichsgericht führt aus, man könne nicht

in dem bloßen Ableugnen oder Bestreiten der Forderung ein Unterdrücken finden. Das würde nur dann der Fall sein, wenn dem Schuldner die Rechtspflicht obläge, das Bestehen der Schuld zuzugestehen, ihr Bestreiten zu unterlassen. Solche Rechtspflicht, deren Annahme dazu führen würde, sogar in dem bewußten Leugnen im Zivilprozesse eine Unterdrückung im Sinne des § 263 StGB. zu finden, bestehe nicht. Der Schuldner sei rechtlich nicht verpflichtet, das Bestehen der Schuld einzugestehen; er sei befugt, vom Gegner Beweise zu erwarten und bis zu deren Erbringung zu leugnen.

Mit Unrecht hat das Reichsgericht u. E. hier das Vorhandensein der Rechtspflicht verneint. Diese ergibt sich aus dem zwischen dem Darlehnsempfänger und dem Darlehnsgeber bestehenden Schuldverhältnis; allerdings beruht sie nicht unmittelbar auf den vom Darlehn handelnden §§ 607—610 BGB., sondern auf dem allgemeinen, oben besprochenen Grundsatz, daß die Parteien innerhalb ihres Rechtsverhältnisses ein solches, den guten Sitten widerstrebendes Verhalten zu vermeiden haben. Man braucht dabei nicht einmal zu einer allgemeinen moralischen Pflicht, über seine Verhältnisse Auskunft zu geben, zu greifen. Es darf des ferneren aber nicht, wie jene Entscheidung es tut, solches Ableugnen dem Leugnen im Prozeß gleichgestellt werden, das, wie später in einem besonderen Abschnitt dieser Abhandlung noch dargetan wird, ganz eigenartigen, aus der Natur des Prozesses folgenden Regeln unterliegt (s. unten S. 72ff.). Auffallen müßte es doch auch bei der Ansicht des Reichsgerichts, warum es nicht, wie im vorher erörterten Falle der verheimlichten Schwammbildung, in dem vorherigen Tun, nämlich in der Annahme eines Darlehns von einem Trunkenen, der sich seiner Handlung offenbar nicht vollbewußt war, schon die sonst geforderte aktive Tätigkeit des Angeklagten fand.

Bisher war es immer das Verhalten des Schuldners, das auf das Vorhandensein der Betrugsmerkmale geprüft wurde. Es sind aber auch einige Fälle zu erwähnen, in denen ein betrügerisches Verhalten des Gläubigers in Frage stand. Hier behandelt E. 25, 95 (Urt. IV v. 26. 1. 1894)[1]) den Fall, daß mehrere Arbeiter sich zuviel Lohn auszahlen ließen, nachdem einer von ihnen, allerdings ohne Mitwissen der anderen, in dem vom Polier für sie alle ausgestellten Lohnzettel die Angabe der Arbeitsleistungen gefälscht hatte.

---

[1]) s. auch unten S. 60.

Das Reichsgericht sagt hier, die Empfangnahme der nicht geschuldeten Zahlung könne zunächst nur als ein Benutzen des beim Zahlenden vorhandenen Irrtums angesehen werden. Nicht sei das widerspruchslose Annehmen und Behalten des zuviel gezahlten Lohnbetrages als ein auf Täuschung berechnetes aktives Verhalten aufzufassen. Wenn sie also nur den Irrtum des Zahlenden zu ihren Gunsten ausgebeutet, aber keine Tätigkeit zur Unterhaltung desselben entwickelt hätten, so könne der Tatbestand des Betrugs gegen sie nicht festgestellt werden.

Eine weitere Entscheidung (G. A. 48, 133, Urt. III v. 21. 3. 1901) behandelt den Fall, daß der Angeklagte anstatt der ihm geschuldeten 300 Mk. einen Hundert- und zwei Tausendmarkscheine stillschweigend in Empfang genommen hatte. Das Reichsgericht hob die wegen Betrugs verurteilende Entscheidung der Vorinstanz auf, erkannte aber nicht auf Freisprechung, sondern verwies die Sache zur nochmaligen Verhandlung zurück. Denn das Reichsgericht nimmt an: „Eine Rechtspflicht zur Offenbarung der Wahrheit läßt sich nicht aus dem angeführten Satze ableiten, daß das Rechtsgeschäft einer Zahlung so zu erledigen sei, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, ein Satz, der für den Gläubiger übrigens im Bürgerlichen Gesetzbuche, insbesondere §§ 157, 242 nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Das Zivilrecht schreibt dem Irrtum nur unter bestimmten Voraussetzungen Wirksamkeit zu. Für den vorliegenden Fall fehlt es an einer Vorschrift, insbesondere ist § 826 BGB. auf die Art der Erfüllung eines Vertrags nicht anwendbar". Es sei aber zu prüfen, ob dem Angeklagten ein täuschendes aktives Verhalten nachzuweisen sei, event. sei der Gesichtspunkt der Unterschlagung in Betracht zu ziehen.

Wir glauben, daß man in diesen Fällen wohl nicht umhin kann, von der Anklage wegen Betrugs freizusprechen. Denn das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis war schon so weit erledigt, daß nur noch Verpflichtungen der Schuldner bestanden. Verpflichtungen der anderen Partei waren aus dem bisherigen Vertragsverhältnis nicht mehr vorhanden und diese, die Gläubigerin, daher überhaupt nicht mehr zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Es konnte aus dem bestehenden Verhältnis heraus der Schuldner vom jetzigen Gläubiger gar nichts mehr erwarten, also auch nicht ein Verhalten nach Treu und Glauben, wie es immerhin noch vom Schuldner zu gewähren war. So müssen auch wir hier die

Rechtspflicht verneinen. Aber deshalb würden wir auch lieber nicht mit dem Reichsgericht vom „Benutzen“ oder „Ausbeuten“ eines Irrtums, wie es in E. 25, 95 geschieht, sprechen, Ausdrücke, die, wie unten S. 59 ausgeführt wird, nur zu Irrtümern Anlaß bieten; auch ist u. E. die zweite Entscheidung im angeführten Wortlaut nicht ganz klar, da es sich vorliegend eben nicht mehr handelt um die Erledigung des Rechtsgeschäfts durch Zahlung, denn das ist Sache des Schuldners, noch um die Art der Erfüllung des Vertrags, die von der Seite des Gläubigers aus erledigt ist.[1])

Mit der Anführung dieser Entscheidungen des Reichsgerichts sollte natürlich nicht eine vollständige Darstellung seiner Rechtsprechung gegeben werden, aber vielleicht war daraus zu ersehen, wie widerspruchsvoll die Frage des Begehens des Betrugs durch Verschweigen in der Praxis behandelt worden ist und wie hier die Anwendung der im Text gewonnenen Ergebnisse gedacht ist.

Im übrigen dürften jene Regeln insbesondere da Anwendung finden, wo es sich um Ausnutzung bestimmter Umstände, Konjunkturen, Kenntnisse handelt, wie es bei der Spekulation mit Wertpapieren, Grundstücken und ähnlichen Objekten, ferner auch beim Handeln mit Antiquitäten und Kunstgegenständen geschieht. Es sind das die Fälle, in denen Groß[2]) entscheiden lassen will, ob der Übervorteilende eine „Relation zur Sache“ gehabt habe, ob er nicht nur innere Momente, wie Kenntnis, Erfahrung, Scharfblick aufgewendet

---

[1]) Wenn in diesen Fällen zwar die Strafbarkeit wegen Betrugs verneint wird, so ist damit nicht ausgeschlossen, daß der Tatbestand eines anderen Vergehens, nämlich der Unterschlagung gegeben. Stenglein-Galli, Lexikon des deutschen Strafr. S. 2050, 3 verweist hier auf Urt. III v. 14. 10. 1901, G. A. 48, 435 (dem der obenerwähnte Fall nochmals zugrunde liegt), wo gesagt wird, der Empfänger habe an dem statt eines Hundertmarkscheins irrtümlich in Zahlung gegebenen Tausendmarkschein Unterschlagung begehen können. Denn die Eigentumsübertragung sei infolge später geschehener Anfechtung nach §§ 119, 142 BGB. als von Anfang an nichtig anzusehen und das Bewußtsein des Angeklagten, daß er die Banknote von der Anfechtungserklärung an als fremde besitze, sei festgestellt. Ob die Unterschlagung schon vorher möglich war, läßt die Entscheidung dahingestellt bleiben. Es scheint aber, als ob auch letzteres bejaht werden könne, wenn man die Annahme der Zahlung unter den Gesichtspunkt des § 138 BGB. als nichtig annimmt und der Angeklagte sich des Nichterwerbs tatsächlich bewußt war. Doch hierüber ist an dieser Stelle weiter nicht zu reden (vgl. übrigens auch E. 38, 192, ein Fall, in dem der Empfänger eines irrtümlich an ihn gelangten Wechsels, den er demnächst zur Zahlung präsentierte, des Betrugs in Realkonkurrenz mit Betrugsversuch für schuldig erachtet wurde).

[2]) Groß S. 191.

habe, sondern auch äußere; denn keiner dürfe zum Nachteil des anderen ein besonderes näheres Verhältnis, in welchem er zur betr. Sache stehe, ausnutzen. Betrug sei daher da begangen, wenn das kostbare Bild, das ich zu einem geringen Preis unter Benutzung der Unerfahrenheit des Veräußerers erwerbe, vorher in dem von mir gemieteten Zimmer gehangen habe, so daß mir Zeit und Gelegenheit blieb, dasselbe auf seinen Wert zu untersuchen; nicht aber dann sei solches Tun strafbar, wenn ich gelegentlich eines andern Kaufs beim Trödler das Bild entdeckte und für sehr wertvoll erkannte. Diese Relation zur Sache mag für die Behandlung des Einzelfalls immerhin von Bedeutung sein, allein entscheiden kann sie aber schon deshalb nicht, weil sich kaum eine Grenze finden läßt, wo die Relation anfängt und wo sie aufhört. Es sind vielmehr, wie an schon erwähnter Stelle Groß[1]) selbst sagt, die gesamten Umstände zu berücksichtigen.

So wird man es nur billigen können, wenn das Gericht den reichen Arzt Dr. X wegen Betrugs verurteilte, der dem Hauseigentümer N 10000 Mk. in Aktien einer Gesellschaft in Zahlung gegeben hatte, ohne dabei zu erwähnen, daß die Aktien dieser Gesellschaft, die seit ihrer Gründung mit Unterbilanz arbeitet und noch nie eine Dividende verteilen konnte, keinen Kurswert besitzen und so gut wie unverkäuflich sind.[2])

Dagegen läßt sich gegen den üblichen Spekulationshandel von strafrechtlicher Seite nichts einwenden.

Gleiches muß vom Handeln mit Raritäten gelten, wobei auch zu berücksichtigen ist, daß gerade der weniger sachkundige Käufer doch oft das mit dem Kauf verbundene Risiko, nämlich sich selbst über den Wert des Gegenstands zu täuschen, mit berechnen muß.[3])

---

[1]) s. oben S. 37.

[2]) Das Beispiel ist einer Zeitungsnotiz der „Tägl. Rundschau“ Nr. 104 v. 2. 3. 1907 über ein Urteil des Schöffengerichts in Groß-Lichterfelde entnommen. Eine spätere Notiz v. 30. 4. 1907 läßt allerdings ersehen, daß die 3. Strafkammer des Landgerichts II zu Berlin unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils den Angeklagten freigesprochen hat, da diesen subjektiv kein Verschulden treffe.

[3]) vgl. auch Kohler S. 20.

§ 3.

Über den Grundsatz „vigilantibus iura sunt scripta“.

Die im vorhergehenden Kapitel gewonnenen Ergebnisse legen es nahe, von der Frage der Rechtswidrigkeit des Verschweigens zur Beantwortung der Frage überzugehen, ob es überhaupt Fälle geben kann, in denen wahrheitswidriges Verhalten trotz des damit verbundenen schädigenden Erfolgs dennoch nicht als Betrug angesehen werden dürfe, ob insbesondere das Verhalten des Geschädigten selbst gewisse Fälle als nicht strafbar erscheinen läßt, da ihm selber in der Hand gelegen habe, eine Täuschung nicht wirksam werden zu lassen. Gilt nicht im Verkehr, wo jeder auf die ordentliche Führung seiner Geschäfte selbst zu achten hat, auch ein gewisses Maß von Unlauterkeit als erlaubt, und trägt nicht einem solchen Umstand das Recht mit dem Grundsatz „vigilantibus iura sunt scripta“ Rechnung?

Am eingehendsten mit jener Frage beschäftigt hat sich wohl Merkel.[1] Bei der Bedeutung, die seine Erörterungen für die Entwicklung der Lehre vom Betrug gewonnen haben, dürfte es sich daher empfehlen, auch hier kurz die darin liegenden Gedanken darzustellen. Merkel unterscheidet hier das Verhalten des Betrügers in Hinblick auf die Entstehung ziviler Rechtsverbindlichkeiten und dasjenige im Hinblick auf die Realisierung zivilrechtlicher Ansprüche. Bei ersterer könne ein strafbares Handeln nur dann angenommen werden, wenn durch die betr. Handlung auch eine zivilrechtliche Verbindlichkeit begründet worden sei. Es mache aber in dieser Hinsicht nach allgemeiner Rechtssitte im Handel und Wandel nicht alles Gerede der Geschäftslustigen juristisch verantwortlich. Vielmehr gehe dem Stadium, in welchem die definitiven Erklärungen der Parteien als bindende und rechtsbegründende abgegeben und aufgenommen würden, ein Stadium voraus, in dem jeder gern den Advokaten seiner Sache spiele, nicht jedes Wort juristisch abgewogen und mit der Absicht, zur Grundlage von Entschließungen gemacht zu werden, vorgenommen sei. Erst in dem zweiten Stadium, in das die Parteien selbst durch die erwähnten definitiven Erklärungen eintreten, würden die Bestandteile des Geschäfts festgestellt, wobei aber jedem der Vertragsschließenden überlassen bleibe, das für ihn Bedeutsame zu einem

[1]) Merkel, Abh. 2 S. 253 ff.

zweifellosen Bestandteile des Geschäfts zu machen und es damit unter die gesetzliche Garantie zu stellen, insoweit nicht die eigene Beobachtung und das eigene Schlußvermögen ihm genügende Sicherheit gewähren.

Was nicht in irgend einer Form ausdrücklich oder stillschweigend als positiver oder negativer Bestandteil des Geschäfts in die Erklärung eingeschlossen werde, habe keine rechtliche Folge. Es gelte hier die Präsumtion, daß allen die Unzulässigkeit jener parteilichen Beredsamkeit und zugleich die mancherlei rechtliche Form bekannt sei, durch welche er sich gegen deren Erfolge sichern könne. Wer es unterläßt, sich derselben zu bedienen, sei es, weil ihm die betr. Data nicht von Gewicht sind, oder sei es im Vertrauen auf das eigene Schlußvermögen, der scheine von vornherein auf die Rechtshilfe verzichten zu wollen und die etwa erwachsenden Nachteile seien entstanden, weil er die von der Natur des Vermögensverkehrs erforderliche diligentia nicht prästiert, die der Staat auch nach dem Grundsatze „vigilantibus iura sunt scripta", zur Voraussetzung für die Gewährung seiner Hilfe mache (S. 256).

Als harmlose Beredsamkeit seien also solche Erklärungen aufzufassen, welche nicht zweifellose Bestandteile der juristischen Willenserklärung seien.

Außer den im vorhergehenden als relevant bezeichneten Wahrheitsentstellungen könnten aber auch solche verantwortlich machen, „welche den Zusammenhang mit dem Parteiinteresse des Lügners verleugnen und welche auch einen auf seine Interessen Achtsamen zu seinem Nachteile zu bestimmen vermögen, weil sie von einer Seite kommen, auf welcher er nicht durch Mißtrauen gewaffnet ist, weil die Gewohnheiten des Verkehrs nicht auf dieselben gefaßt sein lassen". Die Grenzen des Erlaubten und des Verbotenen seien allerdings bei den verschiedenen Geschäftszweigen verschieden. Aber was einmal in dem Wettstreit um die günstigeren Geschäftsbedingungen bei dem Abschluß bestimmter Verträge als erlaubtes Mittel in Aufnahme gekommen sei, das streife damit den Charakter der Zuverlässigkeit ab für jeden, der nicht getäuscht sein und sich selber nicht täuschen wolle. Nur in dem so geschilderten Umfange könne ein wahrheitswidriges Verhalten zivilrechtliche und weiterhin strafrechtliche Folgen haben.

Damit aber die volle Verantwortlichkeit eintrete, müsse der Getäuschte auch bei der Erfüllung des Schuldverhältnisses die dili-

gentia gezeigt haben (S. 269 ff.). Denn derjenige werde nicht als Verbrecher behandelt, der sich seinen vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten gegenüber einfach passiv verhalte, indem er es darauf ankommen lasse, ob der Gläubiger auf seinem Rechte bestehen werde, sondern nur, wer „ein der Realisierung des Anspruchs sich entgegensetzendes Moment“ hinzutreten lasse, wie „täuschende Handlungen, welche den Berechtigten von dem Beschreiten des Rechtswegs abhalten sollen, indem sie vorspiegeln, daß das angebotene Objekt die ausbedungenen Eigenschaften wirklich besitze, oder daß die ihm mangelnden nicht ausbedungen worden seien, oder daß die bezügliche Verpflichtung bereits aufgehoben oder gar nicht zur Entstehung gekommen sei“. „Ferner ein Verhalten, welches sich einem erfolgreichen Beschreiten des Rechtswegs entgegensetzt“, wie Angabe eines falschen Namens, Verheimlichung bestehender oder drohender Insolvenz, Simulation der Insolvenz, Fälschung von Beweismitteln u. a. m.

Aber hier wiederum seien solche Tätigkeiten auszuscheiden, auf welche die allgemeine Erfahrung gefaßt sein lasse und welche daher mit dem gewöhnlichen und im Verkehr geforderten Maße von Aufmerksamkeit und Energie zu beseitigen seien.

Vermittels dieser Erwägungen kommt Merkel schließlich zu dem Ergebnis, „als allgemeine Requisite des Betrugs aufzustellen“ (S. 280):

„a) Eine Täuschung, welche nach zivilrechtlichen Grundsätzen verantwortlich macht;

b) eine Richtung des dolus und der ihm entsprechenden Tätigkeit auf Vereitelung der Zivilhilfe durch solche Mittel, für welche in den den Verkehr beherrschenden Anschauungen eine Entschuldigung nicht zu finden ist. Das erste Requisit liegt vor, 1. wenn die absichtliche Wahrheitsentstellung als Teil einer juristischen Willenserklärung auftritt oder sich auf den Inhalt einer solchen Willenserklärung bezw. den Inhalt einer bestehenden Zivilverbindlichkeit bezieht; 2. wenn sie sich als eine in dem mehrfach entwickelten Sinne qualifizierte darstellt, also als eine solche, welche über das Maß des Herkömmlichen und mit der im Verkehr erforderlichen diligentia überall zu Beseitigenden hinausgeht.

Das zweite Requisit ist genauer dahin bestimmt worden, daß es vorliege, 1. wenn die Täuschung auf eine dauernde Wirkung derart berechnet sei, daß die fragliche diligentia sie weder sofort

noch hinterher durchschauen lasse und somit dem Getäuschten keine Veranlassung zur Verfolgung der ihm erwachsenden Zivilansprüche gebe; 2. wenn die Geltendmachung dieser Ansprüche in anderer Weise, z. B. durch Angabe eines falschen Namens und Domizils, unmöglich gemacht werden wolle".

So wertvoll dieser Versuch, eine Grenze der strafbaren Übervorteilung festzustellen, und zwar gerade unter Berücksichtigung der im Verkehr geltenden Anschauungen, auch ist, so kann man doch nicht in allem Merkel beistimmen. Bedenklich ist es zunächst, den Eintritt strafrechtlicher Folgen davon abhängig zu machen, ob das Zivilrecht gegen Benachteiligungen der betr. Art vollen Schutz gewährt. So läßt heute der § 460 BGB. die Mängelhaftung des Verkäufers bei grober Fahrlässigkeit des Käufers nur bedingungsweise eintreten, und dennoch dürfte man es nicht wohl auch strafrechtlich für erlaubt halten, die grobe Fahrlässigkeit des Käufers auszunutzen. Denn das Zivilrecht will, indem es von den Vertragsschließenden die diligentia erfordert, nicht sowohl etwa im Verkehr erlaubte Übervorteilungen unberücksichtigt lassen, als vielmehr den Schuldner gegen schikanöse, die Rechtssicherheit gefährdende Ansprüche schützen.

Viel wichtiger aber ist die bei Merkels Ausführungen entstehende unlösliche Schwierigkeit, die Grenze des Erlaubten und Unerlaubten im Einzelfall zu finden. Wo liegt denn in Wirklichkeit die Grenze zwischen jenem ersten Stadium der nicht bindenden Erklärungen und der „definitiven" Erklärungen beim Vertragsschluß? Die Parteien, die nach Merkel darüber selbst entscheiden, werden regelmäßig selbst hierüber kein Urteil geben können. Auch dürfte wohl, was Merkel von jenen beiden Stadien sagt, den Gepflogenheiten des Verkehrs nicht entsprechen, der durchaus nicht der Parteitätigkeit einen solch „ausgedehnten Spielraum" läßt, insbesondere dann nicht, wenn die Abschlüsse in der geschäftsmäßigen Schnelligkeit erledigt werden, und ganz und gar nicht dann, wenn etwa die Verhandlungen auf schriftlichem Wege geführt wurden, wo jedes geschriebene Wort gilt, es sei denn, daß es durch spätere Erklärung widerrufen wurde. Aber wie hoch das Maß der diligentia sein müsse, auf wieviel der Verkehr gefaßt sein lasse, das alles bleibt noch fraglich. Und tatsächlich geht Merkel auch zu weit, wenn er das Aufputzen einer Sache, die Qualitätsverschleierung des Weins durch falsche Versicherungen oder die Etikette oder die Farbe, Verkauf

eines mangelhaften Pferdes, Vermieten eines „wanzenfreien" Zimmers im allgemeinen nicht als Betrug aufgefaßt haben will, sondern nur, „wenn die hinterherige Geltendmachung der durch die momentane Täuschung in Frage gestellten Interessen unmöglich gemacht werden will". Solcher Wille kann unbedenklich stets bei den Veranstaltungen jener Art angenommen werden.

Aber die weitgehende grundsätzliche Berücksichtigung der Verkehrssitte, wie sie sich in Merkels Ausführungen immer wieder findet, kann nur gebilligt werden. Denn was im Verkehr als erlaubt gilt, kann vom Gesetzgeber und Richter nicht mit Strafe bedacht werden, und beide haben nicht die Aufgabe, etwa auf eine Verbesserung oder Änderung der im Verkehr üblichen Anschauungen hinzuwirken, vielmehr diesen sich anzupassen und Verstöße gegen die Regel des Verkehrs zu ahnden.

Nun hatten wir im vorhergehenden Abschnitt schon auf die Bedeutung hingewiesen, die das Prinzip der Erwartung, wie in jedem Gebiete, so auch in dem Rechtsverkehr habe, wie hier überall mit der Erfüllung des Normgemäßen gerechnet werde, so daß auch die Nichterfüllung von Pflichten — sei es, daß letztere unmittelbar auf gesetzlicher Bestimmung beruhten oder mittelbar aus der zur Rechtspflicht erhobenen Unterordnung unter die Moral des geschäftlichen Verkehrs, die gute Verkehrssitte, sich ergaben — als rechtswidriges Verhalten erschien. Jene zur Rechtspflicht erhobene Moral (im engeren Sinne) hat auch schließlich hier zu entscheiden, inwieweit wahrheitswidriges Verhalten überhaupt erlaubt sei. Daß es aber der „Verkehrssitte", den „guten Sitten" im früher schon angegebenen Sinne entspreche, durch falsche Angaben, durch Lügen, womöglich gar unter Ausbeutung der Unvorsichtigkeit oder Unerfahrenheit anderer sich Vorteil zu verschaffen, das kann nicht behauptet werden. Mag immerhin Merkel seinerzeit besseren Grund zu solcher Auffassung gehabt haben, unter den heutigen Verhältnissen kann ihm nicht beigestimmt werden. Wenn auch zwar kein allgemeines Recht auf Wahrheit, auf Aufklärung aller dem Vertragsschließenden bekannten Umstände besteht, so gibt es auch doch kein Recht zum Lügen. Nirgends ließe sich ein solches herleiten. Somit erleidet die Anwendbarkeit des Betrugsbegriffs auf das als positives Tun betrachtete Verhalten in der erwähnten Hinsicht keine Einschränkung, auch nicht mit Rücksicht auf etwa entgegenstehende häufige Vorkommnisse des Verkehrs. Soweit man aber das Ver-

halten des Betrügers als negativ ansieht, ein Schweigen in Betracht kommt, gilt uneingeschränkt das im vorhergehenden Abschnitt über dessen Bedeutung Gesagte. Einer weiteren Erörterung über die Rechtswidrigkeit der Unterlassung bedarf es daher hier nicht.

Wollte man aber daran festhalten, von dem Getäuschten eine gewisse diligentia zu verlangen, so müßte man zuletzt doch wieder zu einer Folgerung kommen, die gerade auch Merkel vermeiden will. U. E. müßte man nämlich, wenn man einerseits das Erfordernis der vom Getäuschten zu leistenden diligentia aufstellt, auf der anderen Seite auch ein entsprechendes arglistiges Verhalten des Betrügers verlangen. Denn ein Verhalten, das einen Vorsichtigen zu täuschen geeignet ist, wird auch als arglistig zu bezeichnen sein, selbst wenn besonders raffinierte Veranstaltungen damit nicht verbunden waren. Die Straflosigkeit irgend welcher Übervorteilungen läßt sich also nicht auf die mangelnde diligentia der einen Partei zurückführen.

§ 4.

Die Entstellung wahrer Tatsachen.

Neben der Vorspiegelung falscher und der Unterdrückung wahrer Tatsachen erwähnt das Gesetz noch die Entstellung wahrer Tatsachen. Entstellt werden kann nur etwas, das vorhanden oder geschehen ist, nur eine wahre Tatsache, indem sie unter Weglassung oder Hinzufügung einzelner Momente dargestellt wird. Der Erfolg ist, wie bei der Unterdrückung oder Vorspiegelung, der, daß die Gesamtheit der Erscheinungen dem Getäuschten anders als der Wirklichkeit entsprechend erscheint.

Gegenüber der Vorspiegelung falscher Tatsachen unterscheidet sich die Entstellung wahrer Tatsachen wohl dadurch, daß nicht gerade dem Getäuschten bisher unbekannte Dinge zur Kenntnis gebracht werden, daß vielmehr ihm bekannte Verhältnisse durch Verschiebung, Hinzufügung, Weglassung oder Umdeutung einzelner Momente anders als der Wirklichkeit entspricht dargestellt werden. Von der Unterdrückung wahrer Tatsachen dagegen unterscheidet sich die Entstellung dadurch, daß die fragliche Tatsache nicht ganz, sondern nur teilweise bezüglich einzelner Momente der Kenntnis des Getäuschten entzogen wird.

In der Literatur schließt sich Olshausen[1]) hier an Berner und Schütze an, indem er sagt: „Eine solche (die Entstellung wahrer Tatsachen) findet nicht nur dann statt, wenn die Bestandteile einer wahren Tatsache ‚in ein unrichtiges Verhältnis gestellt sind' (Berner S. 583), sondern namentlich auch, ‚wenn Wirkliches durch Zusatz oder Fortlassung in Nichtwirkliches geändert wird' (Schütze S. 472 N. 9)".

Frank[2]) bezeichnet als Entstellung wahrer Tatsachen „die Verschiebung der richtigen Verhältnisse oder die Hinzufügung oder Auslassung einzelner Momente".

Sowohl unsere obigen Ausführungen wie diese Definitionen Olshausens und Franks sind aber nicht ganz unanfechtbar. Es ist trotz allem nicht möglich, den Begriff der Entstellung wahrer Tatsachen gegen diejenigen der Vorspiegelung falscher oder wahrer Tatsachen fest abzugrenzen. Jene „Momente" müssen als Irrtumserreger tatsächlicher Natur sein. Man müßte nun schon gewissermaßen zwischen einer Art Haupttatsachen und Nebentatsachen unterscheiden, um das Gesagte aufrechtzuerhalten. Diese Unterscheidung ist aber unmöglich. Schließlich ist auch das Resultat der Hinzufügung oder Auslassung einzelner Momente oder Verschiebung des richtigen Verhältnisses die Darstellung einer Tatsache, so daß hierin die Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen gefunden werden muß.

Wie unbequem oder besser überflüssig dieser Begriff der Entstellung ist, geht auch daraus hervor, daß er in der Literatur wie in der Praxis nur wenig Beachtung gefunden hat. In den Anklagen der Staatsanwaltschaft sowie in den Eröffnungsbeschlüssen pflegt man sich mit der Erwähnung der Vorspiegelung falscher und der Unterdrückung wahrer Tatsachen zu begnügen. Bezeichnend in dieser Hinsicht ist vielleicht auch, daß Olshausen selbst (§ 263 N. 12 und § 131 N. 3) die „Entstellung wahrer Tatsachen" nur ganz kurz, nämlich wie oben ausgeführt, bespricht und keine einzige in Betracht kommende gerichtliche Entscheidung anführt.

---

[1]) Olshausen § 263 N. 12.

[2]) Frank § 263 II.

Drittes Kapitel.

Die Erregung und die Unterhaltung eines Irrtums.

§ 1.

Allgemeine Begriffsbestimmungen.

Vermittels der Vorspiegelung oder Entstellung wahrer oder der Unterdrückung falscher Tatsachen muß der Betrüger einen Irrtum erregen oder unterhalten.

Irrtum ist „die falsche Vorstellung vom Wirklichen",[1]) ist ein Zustand, in dem sich jemand von gewissen Dingen oder Tatsachen zwar eine Vorstellung macht, diese aber inhaltlich der wirklichen Natur dieser Dinge nicht entspricht.[2])

Wesentlich ist dem Irrtum jene Beziehung auf wirkliche Dinge, denn die Vorstellung bezieht sich zunächst nur auf gedachte Dinge, die „falsche Vorstellung" unter Umständen auch auf unmögliche Dinge. Erst indem jemand die Vorstellung in Verbindung mit wirklichen Verhältnissen bringt und sich auf Grund ersterer ein Urteil über die Natur dieser bildet, entsteht die irrige Vorstellung vom Wirklichen, der Irrtum. Daraus geht auch hervor, daß in § 263 als Mittel der Herbeiführung der Vermögensbeschädigung nicht unmittelbar die Vorspiegelung und Unterdrückung von Tatsachen angeführt werden konnten, denn diese erzeugen an sich nur eine Vorstellung, nicht aber schon Irrtum, sondern auch der Eintritt des letzteren infolge der Vorspiegelung, Entstellung und Unterdrückung von Tatsachen erwähnt

---

[1]) Dernburg, Pand. 1900 Bd. 1. S. 199.

[2]) vgl. auch Grimms Deutsches Wörterb. Bd. 4 2. Abt. S. 2175: „Irrtum = das Abweichen vom Rechten und Wahren in einem Denkprozeß, einer Meinung, als Gegensatz zur Wahrheit".

werden mußte. Falsche Vorspiegelungen an sich erwecken nur Vorstellungen, nicht aber unbedingt Irrtum.

Der Irrtum selbst ist somit das Ergebnis einer Täuschung, sei es, daß diese sich als Tätigkeit anderer Personen darstellt oder in der Einwirkung anderer äußerer oder innerer Umstände auf das Vorstellungsvermögen des Getäuschten besteht. Nach dem Gesagten kann ferner von einem Irrtum nur bezüglich einer bestimmten Sache oder eines Umstandes die Rede sein, wovon der Getäuschte eine, wenn auch in ihren Einzelheiten unrichtige Vorstellung hat; der Irrtum liegt aber dann nicht vor, wenn man zurzeit überhaupt keine Vorstellung von einer Sache hat, wenn man an solche gar nicht denkt oder gedacht hat. Mit Recht unterschied daher die gemeinrechtliche Doktrin zwischen Irrtum — error — und Unwissenheit — ignorantia —, allerdings um, da die zivilrechtlichen Folgen dieser beiden Willensmängel wohl zumeist die gleichen sind, den Unterschied nicht streng aufrechtzuerhalten und oft beide Ausdrücke synonym zu behandeln.[1])

Streng genommen ist aber, wie gesagt, der error begrifflich etwas ganz anderes als die ignorantia. Ersterer ist eine, wenn auch falsche, Vorstellung, letzterer ist aber die „Negation einer Vorstellung".[2]). Ersterer enthält ein „positiv unrichtiges Urteil", bei letzterer ist überhaupt ein Urteil nicht gebildet worden. Man pflegt auch hier zwischen einem Irrtum im weiteren und einem solchen im engeren Sinne zu unterscheiden, je nachdem der Begriff falsche Vorstellung und Unkenntnis umfaßt oder nur das erstere, nicht die Unkenntnis enthält.[3]) Richtig und dem Sprachgebrauch entsprechend ist jedenfalls nur die oben entwickelte engere Bestimmung des Begriffs.

Nun setzt aber das Vorhandensein eines Irrtums dennoch jedesmal das Fehlen gewisser Vorstellungen voraus, denn dem Irrenden sind immer gewisse besondere Umstände unbekannt, über die er sich mithin auch kein Urteil bildet. „Jede falsche Kenntnis" (Irrtum) „ist also gleich Unkenntnis des Richtigen, in jedem positiven Irrtum liegt ein Nichtwissen eingeschlossen".[4])

Damit erhebt sich aber auch die schwierige und für die Lehre vom Betrug wichtige Frage, unter welchen Umständen man denn

---

[1]) Dernburg a. a. O.

[2]) Zitelmann a. a. O. S. 321 ff.

[3]) So Olshausen § 59 N. 7.

[4]) Zitelmann a. a. O. S. 326.

das Vorhandensein eines Irrtums, falscher Vorstellung, wann dasjenige bloßer Unkenntnis, mangelnder Vorstellung annehmen müsse; denn nur ersteres gehört beim Betrug zum Tatbestand. Gewisse allgemeine Vorstellungen sind bei einem Getäuschten jedesmal vorhanden, während bezüglich der besonderen Umstände, z. B. der Krankheit eines Pferdes, der Unechtheit eines Fahrtausweises, vollkommene Unkenntnis vorhanden ist, weil der Getäuschte diese Möglichkeit nicht in den Kreis seiner Vorstellungen aufgenommen, nicht daran gedacht hat.

Vielleicht führt auch hier wieder die Betrachtung des Sprachgebrauchs auf den richtigen Weg.

Von einem Irrtum wird nur dann gesprochen, wenn ein Wissen erwartet wurde, m. a. W. dann, wenn der Vorstellungskreis eines Menschen derart war, daß unter regelmäßigen Verhältnissen in die Gesamtheit der Vorstellungen auch die Einzelvorstellung, auch die Kenntnis des Umstandes gehörte, die jetzt Gegenstand seines Nichtwissens ist und damit das Vorstellungsbild zu einem irrigen macht. Liegt die Einzelvorstellung aber, nach dem auf Grund der Erfahrung zu bildenden Urteil, außerhalb des Vorstellungskreises eines Menschen, so hat die Unkenntnis des einzelnen Umstandes nicht die Wirkung, die Gesamtheit der Vorstellungen zu einer irrigen zu machen. Wenn jemand etwa nicht weiß, daß das englische Wort time und nicht das Wort money auf deutsch Zeit bedeutet, daß im Jahre 1701, nicht im Jahre 1714 der spanische Erbfolgekrieg begann, oder daß Milton, der Dichter des „Verlorenen Paradieses", nicht des „Messias" ist, so wird niemand sagen, das sei ein Irrtum, wenn jener Mann überhaupt nicht über ein solches sprachliches, geschichtliches oder literaturgeschichtliches Wissen verfügt oder wenigstens zu besitzen behauptet, daß auch die Kenntnis der erwähnten Tatsachen dazu gehören müßte. Anders dagegen, wenn ein Sprachkundiger oder Geschichtsforscher oder mit der Literaturgeschichte wenigstens einigermaßen Vertrauter über die erwähnten Tatsachen nichts weiß. Hier würde das Nichtwissen der einzelnen Tatsachen einen Mangel seines Wissens bedeuten, dieses selbst also ein irriges Wissen sein. Von ihm wurde im Gegensatz zu jenem die Kenntnis der betreffenden Tatsachen erwartet. Im Einzelfall wird es somit Tatfrage sein, ob vollständiges Nichtwissen oder Irrtum vorliegt. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Irrtum und Unkenntnis wird sich daher noch deutlicher bei der noch vorzunehmenden Besprechung

einzelner besonders fraglicher Fälle, insbesondere des strafbaren Handelns des „blinden Passagiers" zeigen.

Der so beschriebene Irrtum muß vom Täter erregt oder unterhalten werden. Es gilt hier wieder das bereits bei der Besprechung des Mittels der Irrtumserregung oder Unterhaltung Gesagte, daß nämlich dieser Erfolg sich auf das Verhalten des Betrügers zurückführen lassen muß. Es ist erforderlich, wie Hälschner[1]) es ausdrückt, daß der Täter dem Erkenntnisvermögen und damit dem Willen des andern einen Zwang antue, den Willen des andern ihm unbewußt sich dienstbar mache und ihn zu einer vermögensrechtlichen Verfügung bestimme. Von einem Betrug kann also dann nicht die Rede sein, wenn der Irrtum des Geschädigten auf einer Selbsttäuschung beruht.[2]) Andererseits wird aber auch jener durch falsche Vorspiegelung begründete „Zwang" nicht derart sein dürfen, daß der Wille des Getäuschten völlig unfrei wird. Zutreffend führt in dieser Hinsicht Finger[3]) aus, daß eine Irreführung auch dann vorliege, wenn jemand einem anderen eine ungeladene Pistole, die für eine geladene ausgegeben werde, vorhalte und ihm mit Erschießen drohe, wenn er eine von ihm verlangte Handlung nicht ausführen sollte. Der Irregeführte dürfe keinen nötigenden Einfluß auf seinen Willen empfinden, er müsse frei von äußerem Zwange handeln, wobei sich der Irrtum nur als Motivierung der Selbstbestimmung geltend mache. Es handelt beim Betrug der Getäuschte nach seinem eigenen, freigefaßten, wenn auch auf falschen Voraussetzungen beruhenden Willen.

Während aber bei der Irrtumserregung der Betrüger noch keinen Irrtum, sondern Unkenntnis vorfindet und erst sein Verhalten den Irrtum erzeugt, setzt die Irrtumsunterhaltung einen schon vorhandenen Irrtum voraus, der durch den Betrüger entweder so verstärkt wird, daß der Getäuschte gerade durch diese Verstärkung seines Irrtums bestimmt wird, seinerseits die ihn treffende Vermögensbeschädigung aktiv oder passiv zu ermöglichen, oder daß der Betrüger verhindert, daß der im Irrtum Befindliche seiner irrigen Ansicht gewahr werde, indem jener der Kenntnis des letzteren Umstände

---

[1]) Hälschner S. 258.

[2]) Binding S. 352; Frank § 263 III.

[3]) Finger, Das Strafrecht (Kompendien des österreichischen Rechtes) Bd. 2 1895 S. 257.

entzieht oder vorenthält, die der Erwartung entsprechend zu einer Aufklärung des Getäuschten geführt haben würden.

In der Literatur wird hier nun fast überall besonders betont, daß die „Unterhaltung“ eines Irrtums „keineswegs der bloßen Benutzung eines solchen gleichzustellen“ sei; denn, so fährt Olshausen[1]) fort: „da die ‚Unterhaltung eines Irrtums‘ durch die Handlung der ‚Vorspiegelung falscher oder der Entstellung und Unterdrückung wahrer Tatsachen‘ verursacht sein muß, so stellt die Irrtumsunterhaltung selbst als eine positive Tätigkeit sich dar (vgl. die Motive), die teils als Bestärkung des bestehenden Irrtums, teils als Verhinderung seines Aufhörens in Betracht kommt“. Unter „positiver Tätigkeit“ muß wohl hier auch die Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln, in der ja auch nach Olshausen eine Unterdrückung von Tatsachen liegen kann, verstanden werden. Warum wird dann aber gerade das Erfordernis einer „positiven“ Tätigkeit und die Unbeachtlichkeit einer „bloßen Benutzung“ des Irrtums so besonders betont, was nur zu Zweifeln Anlaß gibt? Ist eine Begehung durch Unterlassung („es handelt sich lediglich um die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Begehung eines Kommissivdelikts durch eine Unterlassung“; Olshausen § 263 N. 13) denn eine „positive Tätigkeit“? Oder was sollte unter „negativer Tätigkeit“ zu verstehen sein? Von einer strafrechtlich zu beachtenden Tätigkeit, auch von der „Unterhaltung“ eines Irrtums kann doch nur dann gesprochen werden, wenn überhaupt das Verhalten des Täters kausale Bedeutung hat. Und ferner: was soll der Ausdruck „bloße Benutzung“ im Grunde bedeuten? Eine „Benutzung“ ist die Verwendung eines Umstandes zur Erreichung eines bestimmten Zwecks, beim Betrug zwecks eigenen Vermögensvorteils unter Benachteiligung fremden Vermögens. Im Strafrecht kann man aber von einer Benutzung eines Umstands zur Erreichung eines vom Recht nicht gewollten Erfolges nur dann reden, wenn das Recht die Herbeiführung des Erfolgs, wie oben gesagt, nicht wollte, also auch nicht die Benutzung irgend welcher Umstände zu solchem Zwecke, somit auch die Benutzung selbst rechtswidrig und ein anderes Verhalten Pflicht war. Daher, wenn A durch sorg-

---

[1]) Olshausen § 263 N. 15; ebenso Merkel, H. H. 3 S. 752 und Krim. Abh. II S. 142; H. Meyer S. 479; Oppenhoff § 263 N. 56; v. Schwarze § 263 N. 22.

fältige Berechnungen und verwickelte Erwägungen herausfindet, daß die Aktien der Fabrik zu X demnächst im Preise sinken müssen und seine Aktien von jener Gesellschaft schleunigst verkauft, so liegt hierin im Sinne des Rechts überhaupt keine Benutzung des allerdings vorhandenen Irrtums der Käufer, deren mangelhafter Kenntnis von den Umständen, die für den Wert der Aktien von Einfluß sind.

So zeigt es sich, wohin es führt, wenn man in dem Wort „Unterhaltung“ in erster Linie das Erfordernis „positiver“ Tätigkeit und den Ausschluß der „Benutzung“ eines Irrtums zu finden meint.

Zuviel erfordert sodann auch Binding,[1]) wenn er sagt, das Unterhalten eines Irrtums sei mehr als ein Bestärken und bestehe in dem tätigen Abhalten von der Erkenntnis des richtigen Sachverhalts. Wenn also das wahrheitswidrige Verhalten auf keines anderen Vorstellung gewirkt habe, so fehle jede Möglichkeit der Betrugsannahme. Wo die Grenze zwischen „Bestärken“ und „tätigem Abhalten“ liegen soll, ist nicht leicht zu sagen.

In gleicher Weise wie die herrschende Lehre hält auch das Reichsgericht die Benutzung eines Irrtums für nicht strafbar. Dieses sagt in der schon aufgeführten Entsch. E. 25, 95 (Urt. IV v. 26. 1. 1894)[2]) betreffend die widerspruchslose Annahme von zu viel Lohn: „Das bloße Verschweigen einer Tatsache kann nun zwar den Sinn des Unterdrückens im Sinne des § 263 StGB. erfüllen, wenn der Verschweigende eine Rechtspflicht hatte, den wahren Sachverhalt darzulegen. Aber das Bestehen einer solchen Rechtspflicht hat der Vorderrichter aus dem zutreffenden Grunde verneint, weil nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Angeklagten nur zur Zurückzahlung der irrtümlich zuviel gezahlten Beträge verpflichtet seien. Um sie strafrechtlich verantwortlich zu machen, hätte ihnen daher ein positives, auf Verdeckung der Wahrheit gerichtetes Handeln nachgewiesen werden müssen. Ob ein solches schon in der Annahme der irrtümlich geleisteten Zahlung gefunden werden konnte, ist eine nach der konkreten Sachlage zu entscheidende tatsächliche Frage. Denn ohne das Hinzutreten besonderer Umstände wird sich die bloße Empfangnahme einer nichtgeschuldeten Zahlung zunächst nur als ein Benutzen des bei dem Zahlenden vorhandenen Irrtums dar-

---

[1]) Binding S. 349.

[2]) s. oben S. 44.

stellen. Der erste Richter hat aber tatsächlich festgestellt, daß das widerspruchslose Annehmen und Behalten des zuviel gezahlten Lohnbetrages als ein auf Täuschung berechnetes Verhalten der Angeklagten nicht aufzufassen sei. Wenn sie hiernach nur den Irrtum des Zahlenden zu ihren Gunsten ausgebeutet, aber keine Tätigkeit zur Unterhaltung desselben entwickelt haben, so konnte auch der Tatbestand des Betruges gegen sie nicht festgestellt werden". Hiernach würde eine solche Ausbeutung eines Irrtums eine „bloße Benutzung" desselben sein, die weder gegen eine Rechtspflicht verstoße noch aktives Handeln enthalte ... Abgesehen davon, daß es fraglich ist, ob eine solche Ausbeutung tatsächlich denkbar sei, wäre es doch sprachlich unrichtig, die Ausbeutung eines Irrtums unter Verletzung einer Rechtspflicht nicht auch als Benutzung eines solchen anzusprechen.

Nur Groß[1]) scheint die „Benutzung" eines Irrtums nicht grundsätzlich aus dem Betrugsbegriff auszuschließen, indem er das „Erregen" oder „Unterhalten" des Irrtums des deutschen Strafgesetzbuchs mit dem „Benutzen" des Irrtums und der „Unkenntnis" im österreichischen Strafgesetzbuch gleichstellt. Bemerkt sei hier, daß auch das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 Art. 256, 257 und das württembergische Strafgesetzbuch von 1839 Art. 351 das Benutzen eines Irrtums mit Strafe bedrohten, indem sie „das Vorenthalten" dem „Unterdrücken" gleichstellten. Auch „Vorenthalten" ist nur da gegeben, wo ein Verhalten erwartet werden konnte, also mindestens eine Pflicht zum Handeln verletzt wurde. Neben dem „Unterdrücken" von Tatsachen ist das „Vorenthalten" allerdings überflüssig.

De lege ferenda möchte andererseits Rommel,[2]) der es dahingestellt bleiben läßt, ob „überhaupt noch Fälle der bloß dolosen Benutzung fremden, nicht besonders hervorgerufenen oder unterhaltenen Irrtums, zu dessen Beseitigung man nicht durch irgend eine Pflicht obengedachter Art (d. h. nach Rommel auch moralischer Pflicht) verbunden ist, denkbar sind", jede absichtliche Benutzung fremden Irrtums zu gewinnsüchtigen Zwecken „unter Beschädigung des Vermögens anderer" unter Strafe gestellt haben. M. E. erscheint aber auch solches nicht erforderlich, da der § 263 in seiner jetzigen Fassung für die Beurteilung der strafbaren Benutzung eines Irrtums genügt, sofern man die Grundsätze, nach denen man das „Unterdrücken" von

---

[1]) Groß S. 179 u. 193.
[2]) Rommel S. 43.

Tatsachen betrachtet, auch folgerichtig auf den Begriff des „Unterhaltens" anwendet. Bringt man dort, wie auch sonst im Strafrecht, die Regeln über Begehung durch Unterlassung zur Anwendung, so kann man u. E. nicht dazu kommen, in dem Wort „Unterhalten" das Erfordernis nur „positiven" Tuns zu finden. Natürlich kann im Zusammenhang des § 263 StGB. neben das „Erregen" des Irrtums nur das „Unterhalten", nicht „Benutzen" gestellt werden. Man denke sich nur das Wort „unterhält" durch „benutzt" ersetzt.

Es muß aber zugegeben werden, daß sowohl die Grenze zwischen der Erregung und der Unterhaltung eines Irrtums wie auch diejenige zwischen den beiden Arten speziell der Irrtumsunterhaltung eine nicht festliegende und schwankende ist, je nachdem man den Irrtum auf die eine oder andere der in Frage stehenden Tatsachen bezieht, insbesondere je nachdem man den Fall unter den Gesichtspunkt der Vorspiegelung oder der Unterdrückung von Tatsachen betrachtet.

§ 2.

Einzelne Beispiele zur Frage der Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums.

Es ist also bisher festgestellt worden, daß hinsichtlich der Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums der Tatbestand des § 263 StGB. dann nicht erfüllt ist, einmal, wenn überhaupt kein Irrtum vorhanden ist, sodann aber auch, wenn es an der Irrtumserregung oder -unterhaltung mangelt, obgleich Irrtum vorliegt.

Unter die erstgenannte Kategorie von Fällen, in denen überhaupt kein Irrtum vorhanden ist, gehört insbesondere der sogen. „Automatenmißbrauch", bei dem unter Einwurf eines wertlosen Geldstücks oder eines dem Geldstücke ähnlichen Metallstückes der Automat in Funktion gesetzt wird. Denn hier ist überhaupt kein Träger des Irrtums vorhanden. Oder sollte man den Schokoladefabrikanten, dem der Automat gehört, oder den Pächter der Bahnhofswirtschaft, der ihn im Wartesaal aufgestellt hat, als die im Irrtum befindliche Person bezeichnen? Jedenfalls kann der Automatenmißbrauch nicht als Betrug gelten.[1])

---

[1]) So auch Rotering, GS. 60 S. 279ff.; ferner mit der gemeinen Meinung Olshausen § 263 N. 2a und die dort Angeführten; s. auch unten S. 69ff. Die Differ-

Ferner gehören aber hierher auch die Fälle, in denen zwar jemand vorhanden ist, dem etwas vorgespiegelt wird, dieser aber nicht einen Irrtum aufkommen läßt. So ist es, wenn ich einem Bettler, der die bekannte Geschichte von der kranken Frau und den fünf hungrigen Kindern erzählt, etwas gebe, um ihn los zu werden, oder weil ich grundsätzlich aus Mitleid und Nächstenliebe keinen Bittenden ohne Gabe wegschicke,[1]) oder wenn ich der Zigeunerin etwas gebe, die mir langes Leben und Reichtum verspricht, weil ich einmal hören will, was und wie sie alles aus ihren Karten oder den Linien der Hand herausfindet, oder wenn ich schließlich auf eine marktschreierische Reklame hin um ein Geringes die „berühmte Broschüre über Hypnotismus und Magnetismus“ kommen lasse, um einmal zu sehen, was da alles den Leuten vorgemacht wird.

Nicht ganz zutreffend scheint es aber hier zu sein, wenn Binding[2]) sagt: Wer den bestehenden Aberglauben nur ausbeute, wie dies die Wahrsager, Kartenschläger, Zeichendeuter, die Händler mit den sogen. Sympathiemitteln meist täten, betrüge nicht, obgleich das Eintreten auf den fremden Wahn diesen wohl bestärken würde. Diese Ausführungen enthalten eine Verkennung der Tätigkeit der Wahrsager und ähnlicher Betrüger; denn ein gewisses Maß von Aberglaube, wenn man es so richtig nennt, ist bei solchen Leuten, die die Dienste von Kartenschlägern und Wahrsagern im Glauben

---

tationen von Auwers, Günther, Schiller, Schels und Ertel bieten anscheinend für die Frage des Betrugs kaum etwas, was im Zusammenhang des Textes noch zu erwähnen wäre. Selbstverständlich verneinen sie alle, außer Günther (S. 31), daß Betrug an Automaten begangen werden könne.

[1]) Sofern man wirklich durch die Angaben des Bettlers zum Geben eines Geschenkes bewogen wurde, ist Betrug beim Betteln nicht ganz ausgeschlossen; so E. 4, 352 (Urt. I v. 4. 7. 1881) und E. 6, 360 (Urt. III v. 26. 5. 1882); Merkel, H. H. III S. 765; v. Liszt S. 474; H. Meyer S. 479; Binding S. 351; Olshausen § 263 N. 38, vgl. auch N. 27. Eine weitere Frage ist allerdings, ob im Einzelfall zwischen Irrtum und Vermögensschädigung auch Kausalzusammenhang besteht. Sofern aber der Irrtum zur Folge hat, daß der Getäuschte eine Gabe gibt, um selbst somit ein Entgelt „rein idealer Natur“ zu erhalten, nimmt die herrschende Lehre Betrug an (s. Olshausen § 263 N. 27), während Frank § 263 V Betrug beim Bettel für völlig ausgeschlossen hält, weil der Schenker „sich eines Vermögenswertes bewußt entäußert, ohne die Absicht, einen Gegenanspruch zu erhalten“. Eine eingehendere Besprechung dieser Fragen kann hier, da diese außerhalb des Themas liegen und im Zusammenhang mit der Vermögensbeschädigung zu besprechen wären, nicht stattfinden.

[2]) Binding S. 351; ähnlich Frank § 263 III unter Bezugnahme auf Binding.

an deren Fähigkeiten in Anspruch nehmen, stets vorhanden. Dieser Aberglaube, die Unkenntnis in betreff natürlicher Vorgänge und der Glaube an übernatürliche Kräfte des Betrügers ist es, was in diesen Fällen die zu täuschende Person für die Wirkung der betrügerischen Vorspiegelung disponiert, eine Disposition des zu Täuschenden, ohne welche die Künste des Wahrsagers oder Kartenschlägers eindruckslos bleiben würden. Es ist also der Regelfall, daß der Wahrsager einen bestehenden Aberglauben ausbeutet, er spiegelt aber die Tatsache vor, daß gerade er den Blick in die Zukunft besitze, oder daß er besondere Kräfte sich dienstbar machen könne, und erregt durch die Vorspiegelung solcher falschen Tatsachen einen neuen Irrtum, der in dem Aberglauben, dem irrigen Glauben, noch nicht enthalten, sondern nur durch letzteren begründet ist. Das wäre sogar mehr als auch nur eine bloße Benutzung eines Irrtums. Eine gewisse Ähnlichkeit hat hiermit der Fall der betrügerischen Verleitung zur Beteiligung an der Lotterie. Auch hier muß die Gewinnsucht des Getäuschten hinzukommen, damit die Vorspiegelungen der Gewinnchancen beachtet werden. Wer diese Gewinnsucht eines andern durch falsche Vorspiegelung ausbeutet, betrügt ebensosehr wie jener Wahrsager, der den Aberglauben eines anderen ausnutzt.[1])

Etwas schwieriger ist die Frage nach dem strafbaren Handeln des „blinden Passagiers“, desjenigen, der die Dienste einer Beförderungsanstalt unentgeltlich in Anspruch nimmt, indem er sich der Kontrolle der Aufsichtspersonen der betreffenden Anstalt entzieht.

Als blinder Passagier würde also reisen, wer sich unbemerkt in den Eisenbahnzug, sei es in einen Personen- oder Packwagen, einschleicht, wer die Fahrt auf dem Trittbrett oder dem Puffer des Wagens oder an sonstigen zur ordnungsmäßigen Beförderung nicht bestimmten Teilen des Zuges mitmacht, daher auch wohl, wer in einer Kiste verpackt als Frachtgut sich befördern ließe, ferner auch,

---

[1]) Rommel S. 59. Übrigens sei hier bemerkt, daß es höchst wünschenswert erscheint, daß gegen jene Ausbeutungen der Leichtgläubigkeit und des Aberglaubens noch schärfer, als es bisher zu geschehen pflegte, vorgegangen werde. Man denke nur an das Gesundbeten und ähnliche Veranstaltungen, über die in den Zeitungen häufig genug berichtet wird. Auch die Schwindelanzeigen von zumeist ausländischen „Instituten“, die mit allen möglichen Mitteln, unterstützt von den „ersten Autoritäten“, „den besten geistigen Heilern“, die wunderbarsten Heilungen versprechen, bedürften um so mehr strafrechtlicher Betrachtung, als solche „Heilkurse“ regelmäßig sehr kostspielig sind, was wiederum auf ziemlich große Inanspruchnahme schließen läßt.

wer ohne gültige Fahrkarte reist, sei es, daß er sich mit einer gefälschten Fahrkarte oder einer nicht mehr gültigen Abonnementskarte oder mit einer bereits benutzten Fahrkarte freie Beförderung verschafft. Eine erschöpfende Aufzählung aller möglichen Begehungsweisen wäre hier natürlich nicht möglich. Man sieht aber sogleich aus dieser beispielsweisen Aufzählung, daß bei den zuletzt angeführten Fällen ein besonderes Täuschungsmittel verwendet wird, wie die falsche Fahrkarte, während es in den erstgenannten Fällen eines solchen Mittels anscheinend ermangelt. Wurde in den Fällen, da der Reisende eine falsche Fahrkarte führte, tatsächlich durch diese eine Täuschung der Bahnbeamten bewirkt, so dürfte es nicht zweifelhaft sein, wenigstens, soweit es auf die Frage des Irrtums ankommt, Betrug annehmen zu müssen. Bei den Fällen dagegen, in denen der Reisende seine Anwesenheit überhaupt verheimlicht, wird es streitig, ob darin eine Irrtumserregung oder -unterhaltung tatsächlich zu finden sei.

Abgesehen von Kohler,[1]) der das Verhalten des blinden Passagiers mit Rücksicht auf das besondere „Verhältnis des Staates in öffentlichen Dingen“ überhaupt nicht bestraft sehen möchte, und auch abgesehen von denjenigen, nach deren Ansicht dem Handeln des blinden Passagiers keine Vermögensbeschädigung folgt, weil nicht die „Verletzung eines Forderungsrechts“, sondern nur die „ökonomische Schädigung“ genüge, macht die gemeine Meinung die Strafbarkeit des Einzelfalls von der Irrtumsfrage abhängig. Sie sieht daher das nur heimliche Mitfahren nicht als Betrug an, „wenn der Schaffner keine Ahnung von dem Mitfahren des blinden Passagiers hat“.[2]) „Wer durch Täuschung des Schaffners oder eines sonstigen Kontrollbeamten mittels eines falschen oder abgelaufenen oder auf anderen Namen lautenden Billets als Fahrgast die freie oder zu billige Fahrt erlangt, begeht zweifellos Betrug. Hat er sich schweigend unter die Fahrgäste gesetzt, so liegt darin gegenüber dem revidierenden Schaffner die stillschweigende Versicherung, er sei mit dem nötigen Billet versehen. Hat er sich unter der Bank des Wagens verborgen und findet eine Revision der Fahrgäste im Wagen statt, so hat er den Kontrollbeamten in den falschen Glauben versetzt, es sei sonst

---

[1]) Kohler S. 49.

[2]) v. Liszt S. 471; vgl. auch in der 11. Aufl. S. 455: „Wenn der Schaffner (der Kutscher eines Post- oder Pferdebahnwagens) überhaupt keine Ahnung von dem Mitfahren des blinden Passagiers hat“.

niemand im Wagen, der mitfahren wolle, und Betrug ist verübt. Wenn aber gar keine Täuschung konkurriert, der Schaffner etwa im Einverständnis ist oder der blinde Passagier sich unbemerkt auf die Puffer des Wagens setzt oder in einen leeren Kohlenwagen legt, so fehlt Betrug."[1]) In letzter Linie wird es also für entscheidend erachtet, ob eine Revision der Wagen durch den Schaffner stattgefunden habe, da nur bei solcher Gelegenheit dieser sich eine Vorstellung von der Besetzung des Zuges bilde. Denn „wenn also das wahrheitswidrige Verhalten auf keines anderen Vorstellung gewirkt hat, so fehlt jede Möglichkeit der Betrugsannahme" (Binding).

Weiter geht aber das Reichsgericht. Dieses behandelt zunächst in E. 4 S. 295, R. 3 S. 424 (Urt. I v. 20. 6. 1881) einen Fall, in dem der Reisende ohne eine Fahrkarte gelöst zu haben oder, wie es das Eisenbahnbetriebsreglement für solche Fälle vorschreibt, eine Meldung hiervon bei dem Schaffner oder Zugführer gemacht zu haben, die Bahn benutzte. Die Vorinstanz hatte hier festgestellt, daß der Angeklagte ohne Zahlung habe fahren wollen und ohne Absicht der Meldung heimlich in einen unbesetzten Wagen eingestiegen sei. „In diesem Verhalten", so sagt das Reichsgericht, „konnte auch die Irrtumserregung durch Unterdrückung einer wahren Tatsache, nämlich die Unterhaltung der Bahnbediensteten in der Unkenntnis über die Anwesenheit des Angeklagten im Zuge ohne Besitz eines Fahrbillets gefunden werden."

In einer weiteren Entscheidung E. 17 S. 217, R. 10 S. 244 (Urt. II v. 13. 3. 1888) führt das Reichsgericht aus: Werde durch Betrug freie Eisenbahnfahrt erlangt, so finde gewöhnlich eine Kontrolle des mit der Billetkontrolle beauftragten Schaffners statt. Da im vorliegenden Falle aber der Reisende mit dem Schaffner im Einverständnis gestanden haben solle, so liege eine Täuschung des Schaffners allerdings nicht vor, es bleibe aber zu prüfen, ob das Verhalten des Angeklagten schon bei resp. vor der Abfahrt in R. jemand unter dem den Zug beaufsichtigenden und begleitenden Dienstpersonal in einen Irrtum versetzt habe. Insbesondere sei die Unterlassung der vorgeschriebenen Meldung bei dem Zugführer, welcher den Reisenden sonst nicht befördert hätte, geeignet, den Irrtum

---

[1]) So Binding S. 343; v. Schwarze § 263 N. 18; Meyer S. 477; Olshausen § 263 N. 2; Contzen, Der blinde Passagier, Gött. Diss. 1899, S. 10ff.; Zwitzers, Der blinde Passagier, Erl. Diss. 1896, S. 11ff.

hervorzurufen, daß der Reisende ein gültiges Billet besitze, und dieser Irrtum werde erregt durch positives Handeln des Reisenden, durch das Einsteigen ohne gültiges Billet und ohne Meldung, also durch die Unterdrückung wahrer Tatsachen.

Ebenso wurde schließlich in E. 24, 319 (Urt. IV v. 20. 10. 1893) einer Entscheidung, die allerdings nicht näher auf die Frage der Irrtumserregung eingeht, ein Passagier, der sich auf das Trittbrett eines Wagens gelegt hatte, wegen Betrugs verurteilt, in E. 25, 412 (Urt. III v. 11. 6. 1894) bei der wiederholten Benutzung von Fahrkarten, die durch die im Einverständnis mit den Reisenden handelnden Schaffner vorschriftswidrig nicht entwertet worden waren, Betrug vermittels Täuschung des Zugführers angenommen.[1])

Das Reichsgericht nimmt also im Gegensatz zu der in der Literatur fast allgemein vertretenen Ansicht als Folge des Handelns des auch unbemerkt gebliebenen blinden Passagiers einen Irrtum des Zugpersonals betreffend das Vorhandensein eines solchen Passagiers an. Die herrschende Lehre aber findet in solchen Fällen nur die Unkenntnis des Bahnpersonals betr. des Mitfahrens eines blinden Passagiers, da ja der Schaffner gar keine Ahnung von der Anwesenheit eines solchen habe, regelmäßig an solche Möglichkeit gar nicht denke. Fragt man sich nun zunächst, welches Ergebnis wohl das praktisch brauchbarere und befriedigendere wäre, so müßte man doch der Theorie des Reichsgerichts den Vorzug geben, die stets Strafbarkeit annimmt, während die Gegner die Strafbarkeit von dem „eine Ahnung haben" oder von dem rein zufälligen Moment einer stattfindenden Revision abhängig machen. Denn versteckt sich der blinde Passagier in vielleicht raffinierter Weise in einem leeren Packwagen, wo nicht revidiert wird, so geht er, nach der herrschenden Lehre, straflos aus, verbirgt er sich höchst unvorsichtig unter einer Bank und wird erwischt, so wird er schwer bestraft. Aber auch zweifelhafte Grenzfälle sind denkbar. Verbirgt sich etwa der Passagier, wie er merkt, daß der kontrollierende Schaffner kommt, im Abort des Wagens oder begibt er sich, während der Schaffner auf dem Trittbrett des Wagens von Fenster zu Fenster geht, unbemerkt in den Nebenabteil oder gar auf irgend eine Weise in den anderen Wagen, so kann man mit Recht zweifeln, ob man, der Theorie der herrschenden Lehre folgend, hier einen Irrtum des Schaffners an-

[1]) s. aber unten S. 70; anders allerdings Urt. v. 8. 4. 1902, JurW. S. 513.

nehmen muß oder nicht, da ja zwar die Revision stattfindet, aber dennoch wohl der Schaffner nicht an die Möglichkeit denkt, daß noch ein Passagier vorhanden sei. Tatsächlich irrt ja in solchem Fall der Schaffner auch nicht über die Anwesenheit des Passagiers in dem revidierten Abteil, da dieser ja zur Zeit der jeweiligen Revision nicht darin war.

Aber hier ist der Punkt gegeben, von dem ausgehend sich wohl die Ansicht des Reichsgerichts auch theoretisch rechtfertigen ließe. Wenn der „blinde Passagier“ sich heimlich im Packwagen verbirgt, so hat wohl niemand eine Ahnung von seiner Anwesenheit, aber ebensowenig, wenn er sich etwa in einer Kiste verpackt befördern läßt oder sich unter der Bank oder im Nebenabteil aufhält. Denn hier „ahnt“ der Schaffner, auch wenn er revidiert, nichts von der Anwesenheit des blinden Passagiers, d. h. er hält es gar nicht für möglich, denkt gar nicht daran, daß noch irgendwo sich der blinde Passagier verborgen halte, da er im Gegenteil erwarten kann, daß jeder Passagier ordnungsmäßig seinen Platz einnimmt. Aber auch wenn ein Passagier ein gutes Falsifikat eines Billets vorzeigt, so ahnt der kontrollierende Schaffner wohl regelmäßig auch nicht, daß dies Billet eine raffinierte Nachbildung sein könne, sondern prüft nur, ob der Aufdruck, die Angabe der zu befahrenden Strecke, der Wagenklasse, der Benutzungszeit derart seien, um zur Benutzung dieses Zuges zu berechtigen. Von der Fälschung, daher auch von der Nichtberechtigung des Passagiers, überhaupt auch von der tatsächlichen Anwesenheit eines blinden Passagiers hat er gar keine Ahnung. Aber wohl die meisten würden in diesem wie in mehreren der vorher genannten Fälle unbedingt Betrug annehmen.

So zeigt sich nun, daß eine Unterscheidung der straflosen von den strafbaren Fällen des Mitfahrens des blinden Passagiers nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob der Beamte, der die Aufsicht hatte, an das Mitfahren eines solchen dachte, und noch weniger davon, ob eine Kontrolle tatsächlich stattfand.

Nach dem im Anfang dieses Kapitels über den Begriff des Irrtums Gesagten darf man aber wohl der Ansicht des Reichsgerichts beitreten.

Tatsächlich in der Lage, sich eine Vorstellung von der Besetzung des Zugs zu bilden, in dieser Beziehung ein „Wissen zu haben“, sind die mit der Aufsicht des Zuges betrauten Beamten. Diese Vorstellungsmöglichkeit, dieses Wissen entspricht eben ihrer Bestimmung

und Aufgabe, die ordnungsmäßige Besetzung des Zuges und der Wagen zu überwachen. In erster Linie sind diese Personen der Schaffner, demnächst auch der Zugführer. Unter den regelmäßigen Verhältnissen gehört zu ihrem Wissen auch die Kenntnis, daß alle Passagiere zur Fahrt berechtigt seien, und da jeder Passagier sich im Besitze eines Fahrtausweises befinden oder von dem Nichtbesitz Meldung machen muß (wobei dieses „muß“ natürlich nicht im Sinne unbedingter Notwendigkeit gilt), so können sie auch der Erwartung entsprechend die Vorstellung haben, daß alle Passagiere zur Fahrt berechtigt seien. Benutzt dennoch ein blinder Passagier den Zug, so liegt dieser Umstand nicht außerhalb ihres Vorstellungskreises, seine Unkenntnis macht ihre Vorstellung zu einer irrigen. Es ist daher nicht richtig, wenn Westrum[1]) meint, der Schaffner sei eine Person, die „gar nichts annimmt, gar nichts glaubt, gar nichts denkt“.

Man könnte einwenden, daß man dann auch einen Irrtum des Eigentümers eines Warenautomaten, in den jemand eine falsche Münze wirft, annehmen müsse, oder daß man auch die Vorstellung und das Verhalten desjenigen, dessen Haus- und Gartengeräte seiner Meinung nach in seinem Hause oder Garten sich befinden, während der Nachbar sie unbemerkt zur einstweiligen Benutzung fortgeholt hat,[2]) als Irrtum bezeichnen müsse. Aber mit nichten. Denn während bezüglich des Verhaltens des blinden Passagiers unter regelmäßigen Verhältnissen zu dem Vorstellungskreis der hintergangenen Bahnbeamten auch die Einzelvorstellung, das Wissen von der Anwesenheit wie eines jeden so auch des betr. Passagiers gehören würde, kann auch unter eben solchen Verhältnissen nicht erwartet werden, daß der Automatenbesitzer oder jener Hausbesitzer etwas davon wissen, wann und wie ein anderer sich an ihrem Eigentum zu schaffen mache. Während der Schaffner regelmäßig in der Lage ist, sich von der Besetzung des Zuges eine Vorstellung zu machen, sind diese Personen es regelmäßig nicht. Denn deren Vorstellungskreis ist nicht so geartet, daß regelmäßig auch das Wissen, wann und wie ein anderer den Automat benutze oder das Haus betrete, dazu gehören müßte.

Allerdings mag es sein, daß der Automatenbesitzer gewisse all-

---

[1]) Westrum im Magazin für deutsches Recht Bd. 7 S. 225 ff., insbes. S. 227.

[2]) vgl. v. Bar, Zweifelhafte Betrugsfälle, GS. 40 S. 491 (im Anschluß an Westrum).

gemeine Vorstellungen in betreff seines Automaten und der daran stattfindenden Benutzung hat, aber diese Vorstellungen könnten, allein infolge seiner Abwesenheit und der damit verbundenen Nichtüberwachung des Automaten, nur so unbestimmte sein, daß von einem solchen Wissen hier nicht mehr gesprochen werden könnte, das auch die Kenntnis aller einzelnen Vorgänge erwarten ließe. Man könnte hierauf erwidern: Ebenso wie der Schaffner erwarten könne, daß ein Passagier, der nicht im Besitz einer Fahrkarte ist, sich melden werde, so könne auch der Automatenbesitzer erwarten, daß die unregelmäßige Inbetriebsetzung des Automaten nicht stattfinden werde, oder, für das Beispiel des bestohlenen Hausbesitzers, daß dieser erwarten könne, daß die regelwidrigen Eingriffe nicht stattfänden, und daher auch seine Vorstellungen immer noch als ein Wissen bezeichnet werden könnten. Jedoch ist dagegen der Hinweis gestattet, daß hier die Zahl der erfahrungsgemäß möglichen Einwirkungen und Veränderungen eine so große ist, daß, wenn auch jene einzelne Erwartung vorhanden wäre, doch die Vorstellung über die tatsächlichen, interessierenden Verhältnisse immer noch eine zu unbestimmte, zu wenig sicher begründete sein würde, so daß auch jetzt noch nicht der Kreis der Vorstellungen derart wäre, um regelmäßig auch die Kenntnis des einzelnen Vorgangs in sich zu begreifen. Die Vorstellungen und das Verhalten dieser Personen sind nicht mit v. Bar mit denen des Schaffners zu vergleichen, sondern eher etwa mit denen des Bahnhofsvorstehers oder eines Aufsichtsbeamten, der nicht auf dem Bahnsteig, sondern in seiner Amtsstube zur Zeit der Abfahrt des Zuges tätig ist.[1]

Nur die Fälle der letzteren Art können wir unter Verwendung zweier von Rotering[2] gegenübergestellter Ausdrücke als „Willensumgehung" ansehen, im Gegensatz von „Willenserschleichung", wie sie u. E. im Falle des blinden Passagiers jedesmal stattfindet.[3]

---

[1] Als zu weitgehend muß daher auch die in der erwähnten Entscheidung E. 25, 412 a. E. aufgestellte Meinung gelten, daß, wenn auch die Zugführer im Einverständnis mit den Reisenden gehandelt hätten, immer noch eine Täuschung der übergeordneten Kontrollbeamten vorgelegen habe, wobei außerdem die Feststellung, welche Stations- oder Revisionsbeamten im einzelnen getäuscht worden seien, nicht nötig sei. U. E. hätten in solchem Falle die Reisenden, wenigstens selbständig, Betrug nicht begehen können.

[2] Rotering, GS. 60 S. 271.

[3] Ob und inwieweit die Täuschung des Schaffners durch Benutzung einer von einem anderen zur Hinfahrt benutzten Rückfahrkarte als Mittel strafbaren Betrugs angesehen werden kann, brauchte im Zusammenhang des Textes nicht geprüft zu werden.

Analoge Erwägungen wie bei der Beurteilung des in der Literatur hauptsächlich besprochenen Tuns des blinden Passagiers werden in manchen anderen Fällen nötig sein. So kann auch die Tätigkeit des Schmugglers die Tatbestandsmerkmale des Betrugs enthalten oder nicht, je nachdem er die Kontrolle passiert und die Beamten über das Mitführen zollpflichtiger Zollgüter täuscht oder die Grenze auf Schleichwegen überschreitet, „am Amt und am Posten vorüber, abseits von der Straße und in übernachteter Zeit" (Rotering).[1])

Ferner sind die im vorhergehenden besprochenen Regeln überhaupt überall da anzuwenden, wo es sich um das Betreten von Räumen handelt, das nur gegen Entgelt und nach Ausweis gestattet ist, wie bei Theatern, Panoramen, Zirkussen und dergl. Es sind hier überall die Tatumstände darauf zu prüfen, ob eine Irrtumserregung gegeben ist, wie überhaupt, ob eine Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen einem andern gegenüber stattgefunden hat, da letzteres für die Frage des Versuchs von Bedeutung sein könnte. Nicht beizustimmen ist hier aber Frank,[2]) der diese letzten Fälle grundsätzlich als Hausfriedensbruch behandeln will, da auch mit der Überwindung eines psychischen Widerstands das widerrechtliche Eindringen des § 123 gegeben sei. Unbeachtet läßt Frank dabei aber, daß die Überwindung des fremden Willens ganz verschieden ist von der Erschleichung des fremden Willens, wie sie beim Betrug stattfindet. Daher darf man u. E. auch nicht mit Contzen[3]) die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von Betrug und Hausfriedensbruch annehmen.

Daß eine Täuschung möglich ist, muß nach dem im Text Gesagten bejaht werden. Die umstrittene Frage ist aber, ob die Bahnverwaltung tatsächlich berechtigt sei, die Übertragbarkeit der benutzten Rückfahrkarte auszuschließen. Ihering (s. Jahrb. für Dogmatik des römischen und deutschen Rechts Bd. 37 S. 327) und v. Bar (s. Zweifelhafte Betrugsfälle, GS. 40 S. 481) verneinen dies, da das Verbot der Natur der Fahrkarte als Inhaberpapier widerspreche; de Jonge (Die Übertragbarkeit der Retourbillets 1888 und Retourbillets und kein Ende 1889) hält die von der Bahn zu gewährende Leistung für eine einheitliche und unteilbare, die eine Teilübertragung ausschließe. Dagegen erklärt das RG. R. 9, 114 (Urteil I. v. 7. 2. 1887) den Vermerk „nicht übertragbar" für statthaft, da die Unübertragbarkeit eine von der Bahnverwaltung aufgestellte zulässige Vertragsbedingung sei, der sich der Reisende unterwerfe, und die ihm auch regelmäßig bekannt sei. Im einzelnen möge hier auf Contzen a. a. O. S. 20 ff. sowie auf die genannten Schriftsteller verwiesen werden.

[1]) Rotering a. a. O. S. 272.

[2]) Frank § 263 N. V, 4 und § 123 N. II, 1.

[3]) Contzen a. a. O. S. 35 ff.

§ 3.

Der Betrug im Prozeß insbesondere.

Besonders bestritten ist die Frage der Irrtumserregung schließlich bei der Täuschung im Prozeß. Ist derjenige wegen Betrugs strafbar, der sein Obsiegen im Prozeß zum Nachteil des Prozeßgegners durch Täuschung dessen oder des Richters, vermittels falscher Behauptungen oder Beweismittel, herbeiführt?

Diese Frage wird in der Literatur entweder grundsätzlich verneint, so von Köstlin und Kohler, von letzterem allerdings nur, soweit Täuschung des Richters in Frage steht, oder es wird gesagt, daß Betrug durch Beibringung falscher Beweismittel, nicht durch bloße Behauptungen begangen werden könne, so das Reichsgericht, Olshausen und v. Liszt, oder man hält auch das bloße Behaupten für zur Begehung geeignet, wenn es nämlich auf Täuschung angelegt sei, so Frank, Michel, Hälschner, oder endlich man bejaht jene Frage grundsätzlich, so Rommel, Meyer, Binding.

Köstlin[1]) zunächst führt in dieser Hinsicht an: „Das wahrheitswidrige Behaupten, Ableugnen oder Verheimlichen von Tatsachen im Zivilprozeß sei nicht als Betrug anzusehen; denn alles derartige Vorbringen sei nach der Natur des Prozesses für die wirkliche Entscheidung nicht determinierend, sondern nur die wirklichen Motive derselben (den Beweis) anzuregen bestimmt. Es sei daher eine Behauptung, die als solche noch keinen Glauben verlange und vom Richter nicht geglaubt werden dürfe. Lasse sich der Prozeßgegner dadurch täuschen, so werde er nicht von dem andern getäuscht, sondern täusche sich selbst, indem er auf den Beweis verzichte. In keinem solchen Falle dürfe eine solche Täuschung als verbrecherisch angesehen werden, da ein dolus, der sich noch dem gesetzlichen Formengange des Prozesses unterwerfe, noch nicht den kriminellen Typus habe". Und ferner meint Köstlin, man dürfe folgerichtig auch dann Betrug nicht als vorliegend annehmen, „wenn es nicht beim Behaupten oder Ableugnen geblieben, sondern zum Vorbringen falscher Beweise oder zur Unterdrückung echter Beweismittel gekommen ist".

---

[1]) Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrechte 1858 S. 149/50; s. auch derselbe in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 34 S. 243 ff.

Kohler[2]) sieht es zwar als Betrug an, wenn jemand seinen Gegner dazu bringt, aus Anlaß des Prozesses einen Vertrag abzuschließen, eine Klage zurückzunehmen oder einen Anspruch zuzugestehen. Die Täuschung des Prozeßrichters sei nur Prozeßschikane oder unredliche Prozeßführung, aber kein Betrug.

Teilweise bejaht, teilweise verneint, und zwar, je nachdem die Partei falsche Behauptungen aufgestellt oder falsche Beweismittel, d. h. gefälschte oder echte, aber inhaltlich unwahre Beweismittel, vorgebracht hat, wird die Frage durch das Reichsgericht in einer ganzen Reihe von Urteilen. Sehr schön dargelegt ist die Ansicht des Reichsgerichts insbesondere in einem Urteil v. 26. 9. 1887 (E. 16, 193), das, da es auch die sämtlichen möglichen Zweifel und Fragen erwähnt, auch hier wörtlich zitiert zu werden verdient. Es heißt dort: „Daß auch in einem Zivilprozesse ein Betrug in der Weise verübt werden kann, daß durch Täuschung des Richters eine die Rechte der Gegenpartei beeinträchtigende Entscheidung oder Verfügung herbeigeführt wird, ergibt sich aus der Allgemeinheit des Betrugsbegriffes, welcher eine Einschränkung nach keiner Richtung enthält, daher an sich auch auf Betrügereien, welche bei Führung eines Rechtsstreites verübt werden, unbedenklich Anwendung zu finden hat. Eine Beschränkung erleidet diese Anwendbarkeit nur durch die Regeln des Zivilprozesses selbst insofern, als bloße unwahre Behauptungen über Tatsachen im Prozesse nicht hinreichen, um einen durch Täuschung des Richters unternommenen Betrug zu begründen, weil der Richter regelmäßig nicht befugt ist, auf einseitiges Parteivorbringen hin und ohne vorzulegende Bescheinigung oder zu erbringenden, ebenmäßig seiner Prüfung zu unterstellenden Beweis eine Entscheidung oder eine über die bloße Prozeßleitung hinausgehende Verfügung zu treffen, und daß daher, wenn ordnungswidrigerweise auf bloße Parteibehauptungen hin eine den Gegner schädigende Verfügung getroffen werden sollte, dieser nicht durch eine Täuschung des Richters, sondern dadurch geschädigt sein würde, daß der Richter eine ihm obliegende Funktion nicht ausgeübt hat. Anders gestaltet sich das Verhältnis, sobald eine Partei zur Bescheinigung ihres unwahren Vorbringens falsche Beweismittel benutzt, insbesondere sich auf falsche, simulierte oder erschlichene Urkunden bezieht, und hierdurch herbeiführt, daß der Richter trotz der ihm obliegenden Pflicht, das Parteivorbringen

[2]) Kohler S. 50.

auf seine Wahrheit zu prüfen, getäuscht wird oder ohne entsprechende Aufklärung seitens der Gegenpartei getäuscht werden würde.

Daß hierbei ein prinzipieller Unterschied zu machen sei zwischen solchen Fällen, in welchen der Richter in der Lage ist, auf die einseitige dolose Bescheinigung einer Partei hin zu verfügen (wie bei der Erlassung von Zahlungsbefehlen, Kostenfestsetzungen, Arrest- oder Vollstreckungsverfügungen usw.), und zwischen Entscheidungen, welche erst nach erfolgtem Gehöre der Gegenpartei zu erlassen sind, wie die Urteile im ordentlichen Prozesse, daß insbesondere durch falsche Angaben und Beweisbehelfe in letzterer Richtung niemals Betrug begangen werden könnte, ist nicht zuzugeben. Das Gehör der Gegenpartei schließt nicht aus, daß der Richter mittels falscher, durch formell echte und richtige, aber materiell unrichtige Beweisstücke unterstützter Behauptungen über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache in Irrtum versetzt werde; denn der gegnerische Widerspruch, besonders wenn derselbe nicht auch seinerseits durch Beweismittel widerlegt werden kann, vermag nicht ohne weiteres die Beweiskraft vorgelegter, formell ordnungsmäßiger Urkunden zu beseitigen und läßt daher eine Täuschung des Richters offen, durch welche eine den Gegner benachteiligende Entscheidung direkt oder indirekt durch Verrückung der Beweislast herbeigeführt werden kann. Auch ob die Täuschung des Richters durch Vorlage gefälschter Urkunden bewirkt wird, oder ob an sich echte Urkunden unter Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen derartig als Beweismittel benutzt werden, daß nach Lage der Sache eine Täuschung des Richters herbeigeführt werden kann, ist für den Tatbestand des Betrugs gleichgültig. Es ist nicht nur Betrug, wenn jemand einen gefälschten Wechsel einklagt, sondern auch, wenn er dies mit einem echten, aber bezahlten, nur nicht kassierten und durch Zufall unverändert in seinem Besitz gebliebenen Wechsel tut, da im einen wie im anderen Falle der Richter durch die formelle Beweiskraft der Urkunde getäuscht werden kann und der Gegner in Gefahr ist, auf Grund dieser Beweiskraft und die durch solche herbeigeführte Täuschung des Richters eine Nichtschuld zahlen zu müssen, wenn es ihm nicht gelingt, den Beweis der Fälschung bezw. Zahlung gleichfalls urkundlich zu erbringen".[1])

---

[1]) vgl. ferner z. B. E. 15, 126; 16, 193; 20, 391; 29, 291; 32, 1.

Mit der vom Reichsgericht vertretenen Meinung stimmen im wesentlichen überein Olshausen, Oppenhoff und wohl auch v. Liszt.[1]) Nicht ganz so einseitig wie das Reichsgericht treten für die Straflosigkeit der unwahren Behauptungen im Prozesse im Anschluß an Merkel ein: Frank, Michel und Hälschner.[2])

Nach Merkel[3]) soll zunächst gefragt werden, ob die Lügen der Prozeßparteien, die zwar auf eine Benachteiligung des Gegners gerichtet und zu solcher geeignet seien, diesen Erfolg durch Täuschung des Richters oder der Gegenpartei oder etwa auf andere Weise herbeizuführen bestimmt waren, nämlich dadurch, daß der Gegner in der Erkenntnis, den ihm obliegenden Beweis nicht erbringen zu können, auf seine Rechte verzichte, so daß dann der Sieg des Lügners unabhängig von dem Einflusse seiner wahrheitswidrigen Angabe auf die Vorstellungen des Richters und des Prozeßgegners stehe. Von solchen Machinationen seien aber andere zu unterscheiden, die gerade durch die Täuschung des Richters die Benachteiligung herbeiführten. Dazu gehöre insbesondere die Täuschung des Richters durch falsche öffentliche Urkunden, durch Meineide, falsche Zeugnisse.

Zur Begehung des Betrugs durch Täuschung der Gegenpartei sieht aber Merkel die einfache Lüge, mit der als Provokationsmittel im Prozeß stets gerechnet werden müsse und die daher erlaubt sei, nicht als hinreichend an. Nur die nach der Natur der betreffenden Verhältnisse zu erwartende Lüge sei geeignet.[4])

Sich anschließend an Merkel tritt Frank der Ansicht des Reichsgerichts bei, soweit das Vorbringen falscher Beweismittel als Täuschungsmittel in Betracht kommt; im übrigen, beim Vorbringen bloßer Behauptungen, nimmt Frank Betrug nur dann an, wenn die Partei „sich die Behauptung nicht lediglich als eine Vorbereitung zu einer späteren Beweisführung dachte, sondern unmittelbar durch die Behauptung die Täuschung bewirken wollte“.

---

[1]) Olshausen § 263 N. 40a; Oppenhoff § 263 N. 61; v. Liszt S. 473; auch schon v. Schwarze in GS. 18 S. 105 ff.: über die Strafbarkeit unwahrer Behauptungen der Parteien im Zivilprozesse.

[2]) Frank § 263 N. V, 2; derselbe in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 12 S. 320 (gegen RGE. 20, 391); Michel, Der strafbare Betrug im Zivilprozeß 1898; Hälschner S. 267.

[3]) Merkel, Abh. 2 S. 183—185, 283—285 und HH. III S. 756.

[4]) Hiergegen läßt sich ebenfalls einwenden, daß die Unterscheidung zwischen den wahrheitswidrigen Angaben, auf die man gefaßt sein könne, und solchen, die auch durch die erforderliche diligentia nicht hätten vereitelt werden können, eine höchst unsichere ist.

Michel läßt entscheidend sein, ob die die unwahre Behauptung aufstellende Partei das Bewußtsein der Kausalität zwischen Handlung und eingetretenem Erfolg hatte, ob sie von vorneherein darauf rechnete mit ihrer Unwahrheit zum Ziele zu kommen. Denn „die Unwahres behauptende Partei sei sich grundsätzlich der Erfolglosigkeit ihres Vorgehens bewußt und begehe daher nicht ein strafbares Delikt, sondern nehme nur eine Vorbereitungshandlung vor, die von einem Täuschungsversuch weit entfernt sei“.

Nach Hälschner ist das wahrheitswidrige Behaupten und Ableugnen von Tatsachen im Zivilprozesse dann betrügerisch, wenn es weder Bestimmungsgrund für das richterliche Urteil sei noch den Anspruch mache, das Verhalten des Gegners zu bestimmen. Insbesondere sei die Täuschung durch Beweismittel strafbar.

Betrug bei allen Fällen der Täuschung des Prozeßrichters, auch bei Aufstellung bloßer unwahrer Behauptungen nehmen schließlich grundsätzlich an Meyer, Binding und Rommel,[1] „wenn ein Parteivorbringen darauf angelegt ist, den Richter zu täuschen und zum nachteiligen Urteil zu bestimmen, und wenn die Täuschung diese Wirkung übt“ (Binding). Die Unterscheidung zwischen bloßen Behauptungen und Beweismitteln wird hier nicht anerkannt.

Wenden wir uns nun zur Besprechung dieser verschiedenen Ansichten.

Unrichtig ist es u. E., wenn Köstlin behauptet, das wahrheitswidrige Vorbringen im Prozeß sei stets nicht determinierend für die Entscheidung, sondern immer nur die wirklichen Motive anzuregen bestimmt. Es ist sehr wohl denkbar, daß die lügnerische Partei unmittelbar auf die Überzeugung des Richters oder des Gegners einwirken wolle und auch könne. Zweifellos ist das letztere dann der Fall, wenn die Partei sich falscher Beweismittel bedient, und die Ansicht Köstlins, auch dadurch könne Betrug nicht begangen werden, wird auch nirgends in der Literatur geteilt, es sei denn von Kohler, dem aber ebenfalls hier nicht beizustimmen ist.

Aber selbst die „lügnerische Verneinung der Forderung“ hat nicht „nur die Bedeutung einer Weigerung, den anderen der Notwendigkeit einer für ihn mißlichen Beweisführung zu entheben“,

---

[1]) Meyer S. 478; Binding S. 350; Rommel S. 55; ob Binding mit Recht auch die Ansicht Merkels als der seinigen entsprechend für sich in Anspruch nimmt, erscheint uns fraglich.

wie sodann Merkel annimmt. Denn dasjenige Vorbringen, das einen Beweis anzuregen bestimmt ist, soll doch möglichenfalls auch für die demnächst stattfindende Entscheidung von Bedeutung werden. Niemand wird doch falsche Behauptungen aufstellen, der nicht darauf rechnete, daß dann der von ihm zu erbringende Beweis glücke oder der des Gegners mißlinge. Oder sollte man meinen, daß jemand aus reiner Lust am Prozessieren Behauptungen im Prozeß aufstellt, deren Erfolglosigkeit, deren mangelnder Kraft auf die Entscheidung, die nämlich aus der Überzeugung des Richters entspringen soll, zu wirken er sich bewußt wäre, um dadurch schließlich sich unnötige Kosten zu machen? Das Parteivorbringen, sei es mit oder ohne Unterstützung durch Beweismittel, ist daher regelmäßig bestimmt, auch auf die Entscheidung einzuwirken. Von Erfolg kann das lügnerische Behaupten natürlich nur ausnahmsweise sein, nämlich dann, wenn der Richter infolge ungenügender Prüfung des Vorbringens sich täuschen läßt.

Immerhin mag es jedoch möglich sein, daß die Partei mit ihrer unwahren Behauptung noch nicht auf die Täuschung hinwirken, sondern nur die Beweisführung vorbereiten wollte, wenn sie etwa glaubte, der Gegner werde, weil er den ihm dann obliegenden Beweis nicht erbringen könne, auf seinen Anspruch verzichten, oder etwa, wenn die Partei oder deren Anwalt die Behauptungen der Partei für möglicherweise unwahr hielt und die Erwiderungen des Gegners und das Ergebnis der Beweisaufnahme abwarten wollte.

Aber woraus will man in der Praxis entnehmen, als was sich die Partei ihre Behauptung dachte, ob sie das Bewußtsein der Kausalität hatte? Die zumeist rechtsunkundige Partei wird sich dessen regelmäßig nicht bewußt sein. Selbst der Anwalt wird kaum in Erwägung ziehen, ob mit der ihm vielleicht nicht ganz glaubwürdig scheinenden Behauptung seines Auftraggebers der Beweis vorbereitet werde oder unmittelbar auf die Entscheidung eingewirkt werden solle; denn in nur wenigen Fällen läßt sich die Entwicklung eines Rechtsstreites mit Sicherheit voraussehen.

Man darf also weder vermuten, daß die Partei sich grundsätzlich der Erfolglosigkeit des unwahren Vorbringens bewußt sei, denn dann würde sie es regelmäßig nicht vorbringen, noch auch kann man tatsächlich feststellen, wie sich die Partei ihre Behauptung dachte, zumal diese regelmäßig selbst sich dessen nicht klar bewußt ist. Die Michelsche Forderung nach dem Bewußtsein der Kausalität müßte

schließlich dazu führen, den Dummen, der glaubt, den Richter täuschen zu können, jedesmal wegen Betrugs oder Betrugsversuchs zu bestrafen, den Schlauen, der „nur den Beweis anregen will“, da er sich der Erfolglosigkeit bewußt ist, straflos ausgehen zu lassen.

Was nun die Ansicht des Reichsgerichts anbelangt, so ist es nicht zulässig, in jener Weise zwischen dem einfachen Behaupten und dem Beibringen falscher Beweismittel einen Unterschied zu machen.

Zwar erkennt das Reichsgericht an, daß an sich beides eine Täuschung des Richters verursachen könne, fügt aber hinzu, daß, im Falle es sich nur um bloße Parteibehauptungen handle, nicht der von der Partei erregte Irrtum, sondern die in der Nichtausübung der dem Richter obliegenden Prüfung liegende Pflichtwidrigkeit die Ursache der Vermögensbeschädigung sei. Das steht allerdings mit der sonst vom Reichsgericht vertretenen Kausalitätstheorie, daß alle Bedingungen des Erfolges gleichwertig und Ursache des Erfolges seien, im Widerspruch, und eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch die pflichtwidrige Unterlassung des Richters als ein den ursprünglichen Kausalzusammenhang aufhebendes, eine neue Kausalreihe eröffnendes Moment dürfte nach der reichsgerichtlichen Kausalitätstheorie nicht angenommen werden. Auch müßte man, wollte man jene Theorie konsequent anwenden, den Betrug auch dann verneinen, wenn der Richter durch eine Urkunde getäuscht worden wäre, die bei einiger Sorgfalt als grobe Fälschung zu erkennen gewesen wäre. Denn der Richter muß auch die Beweismittel, insbesondere die Urkunden, auf ihre Beweistüchtigkeit prüfen, nach der Zivilprozeßordnung sowohl bei öffentlichen Urkunden, wo allerdings eine Vermutung der Echtheit besteht, wie bei Privaturkunden, bei denen im Falle der Nichtanerkennung seitens des Produkten die freie Beweiswürdigung des Richters entscheidet. Hierin, in der Nichtprüfung der Beweismittel, würde unter Umständen sogar ein höherer Grad von Pflichtwidrigkeit liegen als in der unüberlegten Vertrauensseligkeit gegenüber dem mündlichen Parteivorbringen.

Das Reichsgericht selbst aber würde in solchen Fällen die Ursache des betrügerischen Erfolges nicht in der Pflichtwidrigkeit des Richters, sondern in der durch die Beweismittel bewirkten Täuschung sehen.

Offenbar aber kommt, wie sich aus den bisherigen Ausführungen schon ersehen ließ, die vom Reichsgericht vertretene Auffassung der grundsätzlichen Straflosigkeit bloßer unwahrer Behauptungen im

Prozeß dem Bedürfnis der Rechtsprechung mehr entgegen als die Ansichten der Gegner, die allein den Zweck des Parteivorbringens entscheidend sein lassen. Dieser Vorzug, den die vom Reichsgericht gemachte Unterscheidung verdient, läßt sich aber auch theoretisch rechtfertigen, allerdings nicht vermittels der vom Reichsgericht sonst angewandten Kausalitätstheorie.

In jedem Rechtsstreit, in dem sich die Behauptungen der Parteien entgegenstehen, müssen die Behauptungen der einen oder anderen Partei objektiv unwahr sein. Stimmen vielleicht die tatsächlichen Angaben überein, was zwar nur selten vorkommen dürfte, so würden sich wohl die Ausführungen der Parteien über die aus den tatsächlichen Verhältnissen sich ergebenden rechtlichen Folgerungen widersprechen. Wollte man nun mit den Gegnern des Reichsgerichts, insbesondere mit Merkel und den sich an ihn anschließenden Schriftstellern, die Möglichkeit des Betrugs durch Vorbringung falscher Behauptungen bejahen, so müßte daher in jedem Prozeß auch die Frage erwogen werden, als was sich die Partei wohl die Behauptung dachte, ob sie Beweis anregen oder täuschen wollte, ob sie Kausalitätsbewußtsein hatte oder nicht, ob sie überhaupt betrügerischen Vorsatz hatte. Solche Feststellungen sind aber, wie schon gesagt wurde, tatsächlich unmöglich. Denn ein sicheres Urteil über die mit ihrem Vorbringen von den Parteien verfolgten Zwecke läßt sich niemals geben, da die Partei selbst regelmäßig nicht in der Lage ist, einen sicheren Überblick über die weitere Entwicklung des Prozesses zu haben. Wie man aber über die von der Partei verfolgten Zwecke kein maßgebendes, objektives Urteil abgeben kann, so kann man solches auch nicht darüber, ob die Partei den Erfolg auch voraussah. Daher könnte die Schuldfrage niemals sicher beantwortet werden.

Wo aber die Schuldfrage nicht beantwortet werden kann, da legt sich die Frage nahe, ob überhaupt die betreffenden Handlungen als zur Herbeiführung des Erfolgs geeignet beurteilt werden können; denn wenn man die Voraussehbarkeit vom Standpunkte des Täters nicht beurteilen kann, so ist es auch fraglich, ob überhaupt Umstände der betr. Art erfahrungsmäßig Wirksamkeit in Richtung auf den Erfolg, hier im Prozeß auf die Irrtumserregung, haben, kurz, ob mit Bezug auf das falsche Behaupten einerseits und die darauf folgende Irrtumserregung andererseits überhaupt von adäquater Verursachung gesprochen werden kann. Über die hier zu beachtenden Grundsätze muß auf das früher (oben S. 29) Gesagte verwiesen werden.

Danach kann das unwahre Behaupten im Prozeß aber nicht als zur Täuschung des Richters adäquat geeignet gelten, da es nicht „unter den gegebenen und zu erwartenden Umständen erfahrungsmäßig den Erfolg herbeizuführen vermag“ (v. Rohland a. a. O. S. 47). Bei regelmäßigem Gang ist das lügnerische Behaupten, mag auch Täuschung wirklich beabsichtigt sein, wirkungslos. Nur wenn wider Erwarten der Richter seine Pflicht versäumen sollte, eine Möglichkeit, die so gering ist, daß mit ihr nicht gerechnet werden kann, da sie ganz außer der Erwartung liegt, dann kann eine dem falschen Vorbringen entsprechende Entscheidung stattfinden.

Anders verhält sich die Sache natürlich bei Unterstützung der Behauptung durch falsche Beweismittel. Hier besteht allgemein eine größere Wahrscheinlichkeit, daß jemand dadurch getäuscht werden könne. Und wenn auch unter Umständen diese Täuschung selbst wieder nur in Verbindung mit einer Pflichtwidrigkeit des Getäuschten Wirkung gehabt hätte, so würde dadurch jenes allgemeine Möglichkeitsurteil nicht beeinflußt werden können. Darf man aber danach die bloßen lügnerischen Behauptungen nicht als Mittel des Betrugs im Prozeß ansprechen, so erübrigt nichts anderes, als die Ursache der Benachteiligung der Partei, wie es das Reichsgericht tut, in einer Pflichtwidrigkeit des Richters zu finden. Beim Vorbringen falscher Beweismittel aber hat und behält, auch wenn vielleicht eine Pflichtwidrigkeit des Richters konkurriert, das Verhalten der Partei seine ursächliche Bedeutung. Damit erledigt es sich für uns, auch über die Ansichten derer noch zu sprechen, die, ohne zu unterscheiden, ob bloße Behauptungen oder Beweismittel als Täuschungsmittel in Frage stehen, die Möglichkeit des Betrugs bejahen (s. oben S. 76).

Im einzelnen sind aber unter falschen Beweismitteln nicht nur solche zu verstehen, die gefälscht sind, sondern auch formell echte Beweismittel, denen jedoch ein bestehender Anspruch nicht zugrunde liegt; denn diese Art der Beweismittel ist nicht minder als jene zur Täuschung eines anderen über das Bestehen von Ansprüchen geeignet. So hat auch das Reichsgericht [1]) in der schon auszugsweise erwähnten Entscheidung (E. 16, 193) den Angeklagten wegen Betrugs verurteilt, weil er, auf eine Ratenzahlung verklagt, zum

---

[1]) Gleicher Ansicht wie das RG. hier überall auch die gemeine Meinung, z. B. Olshausen § 263 N. 40a.; Liszt S. 473.

Beweise der Einrede der Zahlung eine echte Quittung über eine früher gezahlte Rate vorgelegt, und ferner wird in jener Entscheidung (oben wörtlich angeführt) erwähnt, daß auch vermittels Vorlage eines an sich echten, aber bezahlten Wechsels Betrug möglich sei.[1]) In R. 1, 479 (Urteil III v. 17. 3. 1880) hat das Reichsgericht ebenso wegen Betrugsversuch verurteilt, weil der Angeklagte zum Beweise einer tatsächlich ihm nicht mehr zustehenden Forderung auf die Grundakten Bezug genommen hatte, in denen er fälschlicherweise noch als Berechtigter eingetragen war.[2])

Unwesentlich ist natürlich, ob die falsche Urkunde vom Angeklagten aus freien Stücken oder erst infolge eines Editionsantrags des Gegners vorgebracht wurde, da es auch in diesem Falle der Partei freistand, sich ihrer zu bedienen oder nicht.[3])

Einen recht interessanten Fall einer Täuschung des Richters durch Zeugnisverweigerung, der hier noch erwähnt werden dürfte, hat sodann das Reichsgericht in E. 36 S. 114 (Urteil v. 24. 2. 1903) entschieden. Hier hatte der Angeklagte St. im Prozeß über die Unterhaltspflicht eines unehelichen Kindes einredeweise den Geschlechtsverkehr der Klägerin mit dem verheirateten A. behauptet. Als letzterer sein Zeugnis mit der Begründung verweigerte, sich als verheirateter Mann nicht der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen zu wollen, hatte das Prozeßgericht, wie die Angeklagten beabsichtigten, aus der Zeugnisverweigerung geschlossen, die Klägerin hätte mit dem Zeugen verkehrt, was tatsächlich nicht wahr war. Das Reichsgericht hält hier das Verhalten des A. an sich zwar nicht für strafbar, da es nur ein motiviertes Schweigen, das gegen eine Rechtspflicht zum Reden nicht verstoße, darstelle, erachtet aber in dem Zusammenwirken des Zeugen A. mit St. eine Teilnahme an dessen betrügerischer Handlung gegeben. Dieser Begründung, auf die näher hier nicht eingegangen werden kann, ist wohl zuzustimmen.

---

[1]) So ist auch entschieden R. 2, 422 (Urt. I v. 1. 11. 1880) und R. 9, 442 (Urt. II v. 20. 9. 1882).

[2]) Die einfache „Bezeichnung“ der Beweismittel im vorbereitenden Schriftsatz genügt nicht, da darin weder ein Versuch der Glaubhaftmachung noch eine Beeinflussung des Richters liegt; so E. 5, 321, R. 3 S. 43 (Urt. III v. 30. 12. 1881) und E. 32,1 (Urt. II v. 24. 1. 1899) sowie Olshausen § 263 N. 40a.; Frank § 263 V, 2; s. auch unten S. 83.

[3]) vgl. E. 3, 169 (Urt. IV v. 18. 12. 1880); Rommel S. 50).

Irrtümlich, wie bisher besprochen, kann die Entscheidung nicht da sein, wo der Richter nicht auf Grund seiner Überzeugung, sondern regelmäßig gesetzlichen Regeln folgend urteilt, wie es im Versäumnisverfahren und Anerkenntnisverfahren geschieht. Hier ist nach der ZPO. § 331 das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen und nach § 307 „dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen". Da die materielle Wahrheit daher überhaupt nicht festgestellt werden soll, kommt auch nicht eine Überzeugung, ein Irrtum und Täuschung des Richters in Frage. Ebensowenig handelt es sich im Mahnverfahren um die Überzeugung des Richters (vgl. E. 20, 391, Urteil I v. 12. 5. 1890).

Anders ist es aber wieder in den Fällen, in denen zwar die materielle Wahrheit ebenfalls nicht festgestellt, aber die formelle Wahrheit nur unter Voraussetzungen, infolge Belegung durch Beweismittel angenommen wird. Hierzu gehört auch der Fall,[1]) daß im Versäumnisverfahren der Kläger seinen Anspruch auf vorgelegte falsche Urkunden gründet, wodurch der Richter zu falschen, irrigen Schlüssen veranlaßt wird, so daß tatsächlich auch formell die Wahrheit nicht festgestellt wird. Ferner gehören hierher alle die Fälle, in denen das Gesetz Glaubhaftmachung des Anspruchs vorschreibt. Überall hier muß der Richter sich eine Überzeugung bilden, die beim Vorbringen falscher Beweise durch die Partei irrig und auf einer Täuschung beruhend sein kann. Hat der Richter aber etwa ausnahmsweise pflichtwidrig auf die erforderliche Glaubhaftmachung verzichtet und einfachem, nicht durch Beweismittel dargetanen Vorbringen stattgegeben, so liegt natürlich nach dem früher über die kausale Bedeutung bloßen Behauptens Gesagten Betrug nicht vor.[2])

Bisher ist stets angenommen, daß eine der Parteien im Verlauf eines Prozesses falsche Tatsachen in irgend welcher Weise behauptet habe. Wie ist es dann, wenn beide Parteien einen Rechtsstreit simulieren, etwa um einem Dritten einen Anspruch zu entziehen oder eine Forderung gegen ihn zu erlangen?

So hat das Reichsgericht in E. 2, 436 (Urt. II v. 12. 11. 1880) über einen Fall entschieden, in dem der von seiner Ehefrau auf Scheidung verklagte B. einen von S. ausgestellten Wechsel akzeptiert und demnächst wegen der Wechselforderung gegen sich durch S. ein

---

[1]) vgl. E. 3, 169 (Urt. III v. 18. 12. 1880); Rommel S. 50.

[2]) s. oben S. 79.

Versäumnisurteil hatte erwirken lassen, damit dieser zum Vorteil des Ehemanns B. in ein zum Gesamtgut gehöriges Grundstück die Zwangsvollstreckung betreiben könne.

In einem anderen Fall (G. A. 47, 432, Urt. IV v. 28. 9. 1900) hatten die Parteien in einem gegeneinander geführten simulierten Rechtsstreit ein Anerkenntnisurteil erwirkt, und der danach obsiegende Teil hatte die Habe des anderen gepfändet, so daß für einen wirklichen Gläubiger die Zwangsvollstreckung vereitelt wurde.

Jedesmal hat hier das Reichsgericht mit Recht die Möglichkeit eines Betrugs durch Täuschung des Richters bejaht, da nämlich die Parteien in solchen Fällen „das Bestehen eines zwischen ihnen streitigen, der richterlichen Entscheidung bedürfenden Rechtsverhältnisses vorspiegeln“ und wohl in dem Richter in dieser Hinsicht einen Irrtum erregen können.

Außer der Täuschung des Richters ist im Prozeß auch eine Täuschung der Gegenpartei oft Zweck und Erfolg des lügnerischen Parteivorbringens. Soweit diesem Ziel vermittels falscher Beweismittel zugestrebt wird, kann es nach den bisherigen Feststellungen nicht zweifelhaft sein, daß wegen Betrugs oder wenigstens Betrugsversuchs bestraft werden müsse. Es kann aber mit dem einfachen Eintritt in den Prozeß, sei es als Kläger oder Beklagter, die Partei schon durch die damit zutage gelegte Energie ihres Vorbringens bezwecken und erreichen, daß der Gegner wirklich zu der Meinung kommt, sein eigener Anspruch bestehe nicht zu Recht. Ein Beispiel hierfür bietet wieder eine Entscheidung des Reichsgerichts R. 9, 232 (Urt. I v. 14. 4. 1887): Der Angeklagte schuldete hier infolge eines durch Vergleich erledigten Prozesses den Anwälten beider Parteien Kosten und bestritt, von den Anwälten verklagt, seine Passivlegitimation mit der Angabe, er habe nicht unter dem Namen Friedrich Gerhard C., Kaufmann zu R., den einen der Anwälte beauftragt, wisse nichts von dem durch Vergleich erledigten Prozeß und sei auch niemals Kaufmann in R. gewesen. Der Angeklagte wurde trotz der Verteidigung, er habe die falschen Behauptungen nur in schriftlichen Eingaben oder in Schriftsätzen im anhängigen Verfahren aufgestellt, mit Recht verurteilt.

In allen diesen zuletzt besprochenen Fällen des Betrugs im nichtstreitigen Verfahren, im simulierten Rechtsstreit und durch Täuschung des Prozeßgegners bedurfte es einer Erwähnung der in der Literatur vertretenen Ansichten weiter nicht, da die Theorie in=

soweit mit der im Text auch berücksichtigten Praxis des Reichsgerichts im Einklang steht. Es genügt daher, wenn hier auf die oben gebrachten Literaturangaben verwiesen wird.

Entsprechende Regeln wie über Betrug durch Täuschung des Richters gelten, wenn dem Gerichtsvollzieher gegenüber falsche Vorspiegelungen gebraucht wurden. Dessen Stellung gegenüber den Parteien ist ähnlich der des Richters, da auch er auf die einfache Behauptung des Schuldners hin, das gepfändete Objekt nicht mehr in Gewahrsam zu haben, die Vollstreckung nicht ohne weiteres unterlassen darf, sondern sich eine Überzeugung über das Vorhandensein des betreffenden Gegenstands bilden muß und das im Regelfall auch tut. Wohl aber liegt Betrug durch Täuschung des Beamten dann vor, wenn dieser von dem Schuldner durch Vorlegung eines Postscheins über die angeblich an den Gläubiger abgesandte Schuldsumme getäuscht wurde (so R. 1, 499, Urt. v. 23. 3. 1880).[1]

Wenn aber der Gläubiger den Gerichtsvollzieher beauftragt, auf Grund eines vollstreckbaren Titels bei dem darauf verzeichneten Schuldner die Zwangsvollstreckung auszuführen, und nichts davon erwähnt, daß dieser die Schuld schon ganz oder zum Teil bezahlt habe, so ist Betrug nicht gegeben, denn der Gerichtsvollzieher handelt hier ohne Rücksicht auf die Überzeugung von dem Bestehen der Forderung, denn er hat die Zwangsvollstreckung auszuführen, „ohne daß er sich eine Überzeugung darüber zu verschaffen hätte, ob die Forderung in Wirklichkeit bestanden hat oder noch besteht“ (E. 23, 286, Urt. IV v. 11. 11. 1892).

Nicht der Täuschung des Richters gleich zu behandeln ist aber die Täuschung des Verwalters im Konkurs durch Anmeldung falscher Forderungen. Daß durch Vorbringen bloßer unwahrer Behauptungen im Prozeß Betrug nicht möglich sei, hatten wir oben dadurch erklärt, daß solche Behauptungen generell nicht geeignet seien, zur Täuschung des Richters zu führen, und im Konkursverfahren selbst hatten wir verneint, daß der Richter sich überhaupt eine Überzeugung über die Rechtmäßigkeit der angemeldeten und im Prüfungstermin unwidersprochen gebliebenen Forderungen bilde. Beides läßt sich vom Konkursverwalter nicht sagen. Denn einmal ist er nicht verpflichtet, vom angeblichen Gläubiger Beweismittel zu verlangen, sodann aber

---

[1]) Olshausen § 263 N. 41a.

hat er trotzdem die Forderungen zu prüfen und sich somit eine Überzeugung über ihr Bestehen zu bilden.

Aus ersterem folgt, daß die sehr hohe Möglichkeit besteht, daß der Verwalter durch Anmeldung falscher Forderungen getäuscht werden könne, die falschen Anmeldungen also generell geeignet sind, zur Täuschung zu führen; aus dem zweiten ergibt sich, daß das Nichtbestreiten einer Forderung durch den Konkursverwalter auch tatsächlich Folge eines Irrtums ist, wenngleich es auch genügt, daß die irrige Überzeugung sich nicht auf Beweise, sondern auf die Erwartung, daß der Gläubiger Wahres behaupte, gründe.

Auch das Reichsgericht hält die Begehung des Betrugs vermittels Täuschung des Konkursverwalters durch falsche Anmeldungen für möglich, so in E. 26, 28 (Urt. I v. 2. 7. 1894) und E. 36, 86 (Urt. I v. 28. 1. 1903),[1]) ohne aber zu erwägen, daß die Anerkennung der falschen Forderungen sehr wohl auf einer Pflichtwidrigkeit des Verwalters beruhen könnte, etwa wenn er eine ganz unwahrscheinliche Forderung nicht bestritte, und daher auch, da das Reichsgericht ja bei Täuschung des Richters die Pflichtwidrigkeit als kausal ansieht, von diesem Standpunkte aus die Möglichkeit des Betrugs durch Täuschung des Konkursverwalters nicht unbedingt bejaht werden dürfte.

---

[1]) In ähnlicher Weise nimmt das RG. die Möglichkeit der Täuschung des Vorstandes der Berufsgenossenschaft oder Organes der Selbstverwaltung bei Feststellung des durch einen Unfall erlittenen Schadens an. E. 29, 291 (Urt. IV v. 5. 1. 1897). Auch nach dem im Text Gesagten ist diese Möglichkeit zu bejahen. Keineswegs ist dem RG. aber beizustimmen, wenn es Betrug verneint, weil ein Vorgesetzer, der die von einem Angestellten aufgestellte, falsche Liquidation zu prüfen hatte, die Prüfungspflicht nicht erfüllte. G. A. 46, 31 (Urt. III v. 11. 11. 1897); vgl. Olshausen § 263 N. 40 a.

Viertes Kapitel.

Schlußbetrachtungen.

Werfen wir nun am Schlusse dieser Erörterungen einen Blick zurück auf die zahlreichen Streitfragen und Meinungsverschiedenheiten, so erscheint die Frage nicht unberechtigt, ob wohl der Gesetzgeber in der Normierung der Tatbestandsmerkmale des Betrugs, wenigstens soweit sie zur Bestimmung der Handlung des Betrügers dienen, das Richtige getroffen hat.

Im Grunde genommen kann die Erregung oder die Unterhaltung eines Irrtums überhaupt wohl nicht anders als durch Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen erfolgen. Denn Gegenstand eines Irrtums sind stets bestimmte Verhältnisse, Vorgänge oder Umstände, und der von einem andern erregte Irrtum ist bedingt durch eine diese Verhältnisse direkt oder indirekt betreffende Vorspiegelung, Entstellung oder Unterdrückung; solche Verhältnisse usw. sind aber nichts anderes, als was der Sprachgebrauch mit dem Worte „Tatsache" bezeichnet. Durch Vorspiegelung einer Nichttatsache als solcher ist eine Irrtumserregung kaum denkbar.

So muß man denn entweder die Verwendung jenes Ausdrucks, der das Mittel der Erregung oder Unterhaltuug eines Irrtums angeben soll, als überflüssig bezeichnen oder, auf das Wort „Tatsache" Gewicht legend, einen besonderen Tatsachenbegriff für das Strafgesetzbuch, vielleicht sogar einen „Begriff der Tatsache im Sinne des § 263 StGB." suchen. Beide Wege hat man zur Deutung des § 263 gewählt.

So sagt einmal Rommel[1]: „Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums zufolge Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen, läßt sich völlig zutreffend durch ‚Täuschung' übersetzen", und Groß,[2]) der diese Worte zitiert, stimmt dem vollkommen bei.

---

[1]) Rommel S. 15.

[2]) Groß S. 168.

Daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem allgemeinen Tatsachenbegriff und dem des § 263 StGB. bestehe, scheint außer Friedsam[1]) auch Merkel[2]) anzunehmen, der den Begriff mit „Rücksicht auf das Gesetz und die gesetzgeberischen Intentionen" bestimmt wissen will. Gegenüber diesen Versuchen aber einen besonderen Tatsachenbegriff des § 263 StGB. zu finden, bemerkt ebenfalls Groß[3]) ganz richtig: „Wenn nur die Möglichkeit erwogen werden muß, daß das Gesetz etwas anderes meint als der Sprachgebrauch, so ist die Situation stets eine bedenkliche; denn hat sich das Gesetz vom gewöhnlichen Sprachgebrauch abgehoben, so ist nirgends die Grenze zu finden, in der der Begriff des fraglichen Wortes liegen soll". Man ist hierbei ebenso wie bei dem Versuch, „Nichttatsachen" auszuscheiden und dadurch eine sichere Begrenzung der Täuschungsmittel vorzunehmen, anstatt zur Klarheit nur zu Widersprüchen gelangt.

Und selbst wenn man einiges ausscheidet, was nicht Gegenstand eines betrügerischen Verhaltens oder Mittel der Irrtumserregung sein könne, wie die sogen. „zukünftigen Tatsachen" oder „die allgemeinen Anpreisungen", so ist doch die praktische Bedeutung dieser Ausscheidung eine sehr geringe. Denn die Vorspiegelung von zukünftigen Dingen läßt sich ja, wie zumeist anerkannt wird, regelmäßig als eine Vorspiegelung gegenwärtiger Tatsachen konstruieren, und wäre das nicht der Fall, eine Beziehung auf die Gegenwart nicht gegeben, so könnte man dem Täter auch seine dolose Absicht nicht beweisen.

Was sodann die ganz allgemeinen Anpreisungen betrifft, so werden solche Fälle, wie oben ausgeführt, schon deshalb straflos bleiben müssen, weil der vermeintliche Täter nicht die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil anzueignen, gehabt hat.

Viel zur Verwirrung hat auch der § 144 StGB. beigetragen. Nach dem bisher Ausgeführten können wir die sich dort findende Nebeneinanderstellung der Ausdrücke „Vorspiegelung falscher Tatsachen" und „unbegründete Angaben oder andere auf Täuschung berechnete Mittel" nicht billigen. Ob man hinsichtlich des Reichsstrafgesetzbuchs auch mit Gönner sagen kann, daß die Lehre vom Betrug „die bekannte Qual und Klippe aller Strafgesetzbücher" sei?

[1]) Friedsam S. 38 insbes.

[2]) Merkel, HH. 3 S. 753 Anm. 10.

[3]) Groß S. 170.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.